

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

**TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E
ECONÔMICA E REGULAÇÃO**

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

GIOVANI CLARK

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

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

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

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

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

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

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

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

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

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

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

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

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

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

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

T772

Transformações na ordem social e econômica e regulação[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Everton Das Neves Gonçalves, Fernando Gustavo Knoerr, Giovani Clark – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-557-7

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

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Legitimidade. 3. Democracia. 4. Intervenção. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

Apresentação

Apraz-nos coordenar o Grupo de Trabalho Transformações na ordem social e econômica e regulação na maravilhosa e histórica cidade de São Luis do Maranhão. O vigésimo sexto encontro nacional do CONPEDI não poderia ter deixado de ocorrer nas paragens maranhenses onde se respira cultura e se inebria o olhar com paisagens tão belas. Tantos escritores, contistas e poetas descreveram as belezas dessa terra (Ferreira Gullar, Aluísio de Azevedo, Artur de Azevedo e tantos outros desse majestoso quilate). Gonçalves Dias já afirmava: Minha terra tem palmeiras, onde canta o sabiá; as aves, que aqui gorjeiam; não gorjeiam como lá. E nesse espírito, Maranhão nos recebeu para avançarmos nos estudos do Direito.

A cada edição o CONPEDI se fortifica na tempera do aprimoramento constante em meio a apresentação de trabalhos científicos, da publicação de revistas e livros e da aproximação dos diversos pensadores e docentes jurídicos deste amado Brasil. Não se pode deixar de referir à apoteótica abertura do Evento propiciada pelo Professor Doutor Paulo Roberto Ramos e equipe (grande amigo desde os tempos de mestrado na UFSC juntamente com o Professor Doutor Everton das Neves Gonçalves). Muito gratificante, também, foi reencontrar a Professora Doutora Edith Maria Barbosa Ramos que partilhou estudos na UFMG enquanto o Professor Everton Gonçalves fazia seu doutorado.

Como passa o tempo... Implacável tempo. Porém, a recompensa, é perceber que tudo vale a pena se a alma não é pequena já se ouviu dizer por Fernando Pessoa. Ter ido ao CONPEDI Maranhão valeu a pena e, particularmente, poder ter homenageado (in memoriam) o Professor Doutor Luiz Carlos Cancellier de Olivo valeu a pena. Ter lido, avaliado e escutado os temas discutidos em nosso GT, valeu extremamente a pena. Destarte, devem ser destacados e sugere-se a leitura de trabalhos como: Do terceiro setor no Brasil: ajustamento jurídico; Defesa da concorrência e regulação econômica: o acordo de leniência no cartel para a construção da usina hidrelétrica de belo monte; O poder econômico privado e sua interferência nas políticas públicas: enfoque na indústria farmacêutica; Uma breve investigação sociológica do Estado burocrático brasileiro: uma realidade patrimonialista; Registro público de empresas como regulação estatal; O acordo de leniência no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e as investigações administrativa e penal: análise econômico-jurídica para a descriminalização da conduta anticoncorrencial do delator;

Agências reguladoras: regulação setorial e os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; O embate entre mercado e estado em tempos de crise orçamentária e as consequências para a democracia; Assimetria tarifária na regulação do setor de energia elétrica no Brasil; Universidade federal, políticas de inovação e núcleos de inovação tecnológica: sua interação em face do marco legal de inovação e O compliance como forma de moralização da empresa: aspectos ligados à responsabilização da pessoa jurídica.

Uma última palavra deve ser dita parabenizando a nova diretoria do CONPEDI, capitaneada pelo Professor Doutor Orides Mezzaroba, que haverá de empreender novos desafios e respectivas conquistas no cenário acadêmico-jurídico brasileiro e também internacional. Desejamos a todos excelente leitura.

São Luis do Maranhão, 17 de novembro de 2017.

Prof. Dr. Everton Das Neves Gonçalves - UFSC

Prof. Dr. Giovani Clark - PUC Minas/UFMG

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr - UNICURITIBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**O ACORDO DE LENIÊNCIA NO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA
CONCORRÊNCIA E AS INVESTIGAÇÕES ADMINISTRATIVA E PENAL:
ANÁLISE ECONÔMICO-JURÍDICA PARA A DESCRIMINALIZAÇÃO DA
CONDUTA ANTICONCORRENCIAL DO DELATOR.**

**THE LENIENCY AGREEMENT AT THE BRAZILIAN'S COMPETENCE DEFENSE
SYSTEM AND THE ADMINISTRATIVE AND CRIMINAL INVESTIGATIONS:
JURIDICAL AND ECONOMIC ANALYSIS TO DESCRIMINALIZE THE
DELATOR'S ANTITRUST CONDUCT.**

**Everton Das Neves Gonçalves ¹
Raquel Mazzuco Sant'Ana ²**

Resumo

O artigo contextualiza a proteção à Ordem Econômica Brasileira; analisa econômico-juridicamente o Acordo de Leniência no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e respectiva descriminalização da conduta do leniente como meio de persecução administrativo-penal; sobretudo, dos cartéis. Utiliza método de procedimento monográfico e, de abordagem, dedutivo. Conclui, segundo o Princípio da Eficiência Econômico-Social, pelos benefícios da leniência em vista da dificuldade de se investigar e punir condutas anticoncorrenciais. Destarte, a descriminalização das práticas do leniente é eficaz, tanto sob a égide do Direito Administrativo-Econômico como do Direito Penal Econômico, considerada a adequação investigatório-comprobatória do Acordo de Leniência.

Palavras-chave: Análise econômica do direito antitruste, Direito penal econômico, Cartel, concorrência e acordo de leniência

Abstract/Resumen/Résumé

This paper contextualizes the protection of Brazilian Economic Order; analysis economic and juridically the Leniency Agreement at Brazilian's System for Competence Defense and respective decriminalization of delator's conduct; mainly, for administrative and criminal persecute of cartels. It has been used monograph procedure and deductive method to approach the matter. The paper concludes that Social and Economic Efficiency Principle benefits the Leniency Agreements because the difficulties to investigate and punish antitrust conducts. Therefore the decriminalization of the delator's practices is efficient under both Economical and Administrative Law or Economical Criminal Law, considered the rightly Leniency Agreement procedure to investigate and prove

¹ Professor Doutor credenciado no PPGD/UFSC. Coordenador do Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e de Gestão do Desenvolvimento. (CEJEGD)

² Advogada criminalista (OAB/SC 41.793). Membro do Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e de Gestão para o Desenvolvimento (CEJEGD) do Centro de Ciências Jurídicas (CCJ/UFSC).

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Economic analysis of antitrust law, Economical criminal law, Cartel, antitrust and leniency agreement

1. Introdução

As práticas anticoncorrenciais fazem parte do dia a dia do mercado e especialmente, sendo a formação de cartéis prejudicial ao bem-estar social, fez-se necessária adequar a Legislação Nacional de Defesa da Concorrência para punir os acordos secretos entre os integrantes dos cartéis uma vez que é extremamente difícil a obtenção de provas. Assim, impõe-se atuação eficaz das autoridades competentes com o objetivo de detectar, impedir e punir as práticas em descompasso com a Legislação Antitruste. Desse modo, o Acordo de Leniência surge como mecanismo de estímulo ao combate de ações anticompetitivas em troca do abrandamento das punições.

A Lei nº. 12.529/2011, denominada Lei da Concorrência, trouxe importantes alterações, especialmente no que tange ao Acordo de Leniência e suas consequências para crimes que atentam contra a Ordem Econômica Brasileira (OEB), ao prever a possibilidade de extinção da punibilidade não apenas em relação às infrações à Ordem Econômica; mas, também, aos crimes relacionados com a prática de cartel previstos na Lei nº. 8.666/93 e no Art. 288 do Código Penal Brasileiro.

Nesse viés, quer-se analisar se o Acordo de Leniência; agora, celebrado pelo CADE; ainda, sob a égide do Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES), pode trazer benefícios ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), ao exercer maior influência (ou não) na criminalização das condutas anticoncorrenciais a fim de preservar a OEB, em razão da possibilidade de extinção da punibilidade do leniente para tais infrações (previstas no Art. 87 da Lei n. 12.529/2011).

2. Evolução do Constitucionalismo Econômico Brasileiro

As mazelas resultantes do liberalismo radical fomentaram novos ideais no Séc. XX que tinham, no aumento da atividade Estatal, a forma de resolver os problemas socioeconômicos ocasionados pelo extremismo econômico-individualista do primeiro Pós-Guerra. No Constitucionalismo Econômico¹ brasileiro, especificamente, estes ideais tiveram peso considerável na Constituição de 1934, que rompeu com a neutralidade liberal característica das Constituições imperiais de 1824 e de 1891, numa tentativa de remodelar o Estado brasileiro e consolidar normas destinadas a reger os

¹ Constituição Econômica seria o “conjunto de normas e de princípios constitucionais que caracterizam, basicamente, a organização econômica; determinam as principais regras do seu funcionamento, delimitam a esfera de ação dos diferentes sujeitos econômicos, prescrevem os grandes objetivos da política econômica, enfim, constituem as bases fundamentais da ordem jurídico-política da economia” (CANOTILHO, MOREIRA, 1991, p. 147).

fatos econômicos e embasar políticas públicas fundadas na dignidade humana.

Entretanto, a intervenção econômica do Estado se tornou mais acentuada com a Constituição de 1946, que se destacou, também, por ter abordado a imperfeição da concorrência e os problemas dela advindos, representando o marco para o Direito Antitruste brasileiro, conforme explica Venâncio Filho (1968, p. 57):

A legislação antimonopolística é outro aspecto capital da Ordem Econômica e Social, introduzido pela primeira vez na Constituição de 1946, encontrando-se no Texto Constitucional a fórmula ‘abuso do Poder Econômico’, como expressão que abrange todas as manifestações de caráter monopolístico e com a caracterização expressa da união e agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a natureza, que tenham como objetivo dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

Após o ano de 1964, iniciou-se o projeto que culminou na Constituição de 1967, que tinha por base a justiça social embasada nos princípios da livre iniciativa, valorização do trabalho humano, função social da propriedade, harmonia e solidariedade entre os fatores de produção, desenvolvimento econômico e repressão ao abuso do poder econômico facultando; ainda, a intervenção no domínio econômico e o monopólio Estatal. De fato, na década de 1960, houve incentivo ao desenvolvimento das grandes empresas brasileiras, que resultou num amplo crescimento econômico para o País – o chamado “milagre econômico”, ainda que a realidade política fosse totalmente diversa. Só que dito “milagre econômico”, custeado por fontes de financiamentos internacionais, resultou em grande endividamento e desestabilização econômico-social do País a partir do fim da década de 1970 e durante a década de 1980, que ficou conhecida como “década perdida” por conta dos altos índices inflacionários e elevado *déficit* público.

As bases para a reversão deste cenário só passaram a ser edificadas com a orientação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), que delimitou a atuação do poder Estatal, resguardando a liberdade dos agentes econômicos objetivando a prática econômica capitalista-liberal de mercado, ainda que; inicialmente, marcadamente por aspectos de relevante preocupação social e de intervenção Estatal.

Embora o constituinte de 1988 tenha agrupado as normas que formam a Ordem Econômica Brasileira em um único Título (Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira), há muitos outros dispositivos positivados no Texto Constitucional tratando do processo de produção, distribuição, circulação e consumo de riquezas no País;

inclusive, os próprios fins republicanos elencados no Art. 3º, bem como, os fundamentos especificados no Art. 1º, são exemplos claros disso, pois a Ordem Econômica Brasileira deve obediência a ditos fins e princípios, já que correspondem a peça fundamental na formação da República brasileira. Nesse ponto, a colocação de Gonçalves e Stelzer (2009, p. 2738):

A Constituição define a principiologia fundamentante do sistema jurídico imprimindo-lhe a caracterização ideológica, inclusive, em termos de Direito Econômico, em que pese o fato de que a constitucionalização desses princípios apresenta inquestionável caráter programático delimitantes de princípios econômicos.

Os contornos da Ordem Econômica Constitucional de 1988 estão delineados, essencialmente, no Art. 170 da Carta Magna², que procura sistematizar os vetores da economia e o papel nela atribuída aos Poderes Público e particular. Percebe-se que a principal característica da Ordem Econômica Constitucional (OEC); para além de garantir as liberdades clássicas de uma economia capitalista, é a preocupação com aspectos sociais, previstas em normas que orientam a atuação dos agentes econômicos e do Poder Público. A redefinição dos papéis do Estado e da iniciativa privada na economia ocorreu anos depois da entrada em vigor da CRFB/88, com a abertura do mercado interno para investimentos internacionais, privatizando-se estatais, concedendo-se a prestação de serviços públicos à iniciativa privada e abrindo-se, para os investidores, atividades que, até então, eram objeto de monopólio público. O Estado fortaleceu a sua presença no mercado como regulador, corrigindo imperfeições e deficiências que prejudicavam as relações entre os setores público e privado, fiscalizando as condutas dos agentes econômicos e fomentando setores específicos.

Nesse ponto, a OEC é de extrema importância para o exercício da atividade econômica e pela sua implicação com o social, pois além da opção pela economia livre de mercado; irrenunciável a uma economia capitalista, absorve, também, inquietações que buscam direcionar a atuação dos agentes econômicos e do Estado, exercendo papel decisivo para os rumos da economia. Para Eros Grau (2006, p. 352), “a ordem

²Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. [...]

econômica e a CRFB de 1988, no seu todo, estão preñhes de cláusulas transformadoras. A sua interpretação dinâmica se impõe a todos quanto não estejam possuídos por uma visão estática da realidade”. Assim, tem-se que as relações econômicas são estruturadas pela regulação do Direito para a consecução de relações sociais:

[...] a ordem econômica, em sentido natural, se apresenta como a realidade disposta dos fenômenos observados - atividades econômicas - segundo suas características reveladoras de economicidade ou racionalidade econômica e, portanto, conforme as máximas das leis econômicas como é verificável, por exemplo, nas leis de oferta e de demanda. Em sentido social, a ordem econômica pode ser vista conforme as relações dos agentes econômicos a serem determinadas através da ótica do Direito (GONÇALVES, STELZER, 2009, p. 2734).

Tal Ordem pode ser estipulada de forma ampla no ordenamento público econômico e, mais especificamente, através do Direito Econômico. Destarte, além dos princípios e regras que dão embasamento à Ordem Jurídica Econômica na CRFB/88, tais fundamentos não são esgotados na esfera Constitucional; também, encontrando respaldo na legislação infraconstitucional. Na verdade, a CRFB/88 funciona como delimitador da ideologia político-econômica que ordenará todo o Ordenamento Jurídico Nacional em relação ao Direito Econômico.

3. O Direito e a Economia

Diversas são as metodologias apresentadas a fim de relacionar o Direito à Economia, desde a visão entre os planos públicos e privados, passando pelas Escolas Administrativo-Economicistas, até à concepção de ramos específicos como o Direito Econômico³, com sujeito, objeto e metodologia próprios e a Análise Econômica do Direito. O conceito de Direito Econômico, segundo a realidade econômica, atendendo a visão eclética, tratada disciplina jurídica de atividades desenvolvidas nos mercados, “visando a organizá-los sob a inspiração dominante do interesse social. Seu objeto não exaure as relações de mercado, que, enquanto prevalentemente inspiradas nas soluções da autonomia da vontade, desenvolvem-se no plano do Direito Comercial” (VIDIGAL, 1977, p. 44).

Segundo Albino de Souza (2002, p. 33), e sua expertise conforme a Escola Dogmática Integrativa Publicista/Privatista, Direito Econômico é o ramo do Direito que tem por objeto o “tratamento jurídico da política econômica” e, por sujeito, o agente que

³ Ver GONÇALVES E STELZER (2009)

dela participe. Como tal, é o “conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica”. Gonçalves e Stelzer (2009, p. 2727), a seu turno, ressaltam a importância da Teoria Geral do Direito Econômico e sua inovação no trato social da ação do indivíduo, que já trilhou os extremismos do totalitarismo e do liberalismo. “Daí a relevância do Direito Econômico para o estudo da fenomenologia social, relacionada a uma ideologia político-social-econômica progressista e constitucionalmente prevista para o Estado”.

O Direito Econômico quer disciplinar as relações jurídico-sociais advindas da fenomenologia social a ser percebida segundo a produção, a repartição, a circulação e o consumo, dentro de viés cada vez mais progressista e interdisciplinar. Assim, o Direito, anteriormente visto como meio de controle social pelo modelo jurídico clássico; em que pese não totalmente abandonado, passa a ser aperfeiçoado para as novas realidades sociais, inclusive, sendo utilizado como estímulo para a atividade econômica.

Nesse sentido, Richard Allen Posner, a partir do movimento conhecido como “Direito e Economia” (*Law and Economics* ou *LaE*), juntamente com Ronald Coase e Guido Calabresi foram pioneiros na questão de trazer a Teoria Econômica, buscando as premissas básicas da Microeconomia, para a análise do Direito e de seus diversos ramos. No Brasil, a prática jurídico-econômica de mercado também sofreu influência de critérios racionais normativos da maximização de lucros e de eficiência econômica, mormente a partir dos anos 90. Nesse contexto, a produção normativa passou a ter relação direta com os pressupostos da economia, no intuito de otimizar as relações de produção e maximizar os lucros. Ressalta-se, nesse ponto, o estímulo ao utilitarismo de Bentham e de Stuart Mill no campo jurídico-dogmático.

Em meio à economia de mercado neoliberal, o comportamento social pode ser determinado pelo Direito Econômico, que tem sido utilizado como “instrumentação moderna de caráter racional-eficiente de melhor aproveitamento da riqueza que, sendo social, é individualmente apropriada, satisfazendo, por fim, os desejos gerais dos agentes econômicos e sujeitos de direitos” (GONÇALVES, STELZER, 2009, p. 2746).

Há se destacar que a fenomenologia social somente pode ser compreendida através da interdisciplinaridade entre os diversos campos do conhecimento. Da mesma forma ocorre com a realidade econômica, também, no que tange aos ilícitos com reflexos no âmbito da repressão penal econômica e que, de certa forma, influenciam na

busca do desenvolvimento socioeconômico.

O recente fenômeno da LaE, no contexto de intersecção das duas Ciências para melhor compreender a fenomenologia, é pertinente, pois visa o estudo do Direito e da norma jurídica com base nos princípios da Microeconomia com o fim de melhor interpretar o comportamento humano. Destarte, o conhecimento da Teoria Econômica aplicado ao Direito pode e deve contribuir para o entendimento e eficácia do Direito Penal. Gary Becker, precursor da Análise Econômica do Direito Penal, em sua obra *Crime and Punishment: an economic approach*, de 1968, defende a premissa de que os indivíduos, em determinadas situações, fazem escolhas racionais antes de praticarem ou não crimes, com base na ideia de custos e benefícios. É com esse entendimento que se analisarão as infrações anticoncorrenciais e, especialmente, o crime de cartel, no contexto do Direito Administrativo Econômico e Penal Econômico Brasileiros.

4. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

A livre concorrência; prevista no Art. 170, inciso IV da CRFB/88, é um dos valores que orientam o processo de produção, repartição, circulação e consumo de riquezas no País, visando garantir ambiente no qual exista nível de competição razoável entre os agentes econômicos. Além do Art. 170, a concorrência também é mencionada, no Texto Constitucional, em seu Art. 173, §4º, que prescreve a necessidade de protegê-la de eventuais abusos de poder econômico; no Art. 146-A, que faculta ao legislador complementar a instituição de critérios especiais de tributação para prevenir desequilíbrios concorrenciais; e no Art. 155, §4º, IV, “b”, que trata da fixação de alíquotas de imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) para combustíveis e lubrificantes em mercados competitivos.

Como a CRFB/88 não define o significado de *concorrência*, a doutrina se encarregou de fazê-lo, apontando elementos que lhe conformam e dão conteúdo. Barroso (2002) entende que a concorrência é a “competição que deve haver entre os agentes econômicos, a quem, logicamente, é vedado adotar comportamentos anticoncorrenciais, sob pena de se sujeitarem à ação disciplinadora do Estado”.

O Princípio da Livre Concorrência refere-se à proteção Estatal ao devido processo competitivo na Ordem Econômica. O que visa é a garantia de que todas as pessoas possam livremente participar do ciclo econômico, com liberdade de entrar, permanecer e sair sem qualquer interferência alheia (FIGUEIREDO, 2012, p. 63).

Em *terra brasilis*, o SBDC foi, inicialmente, instituído pela Lei n.º. 4.173/62 cujo conteúdo foi praticamente reproduzido pela Lei n.º. 8.884/94, que posteriormente foi em parte revogada pela Lei n.º. 12.529/2011. O SBDC teve sua reformulação pela novel Lei de 2011 e apresenta, como escopo, promover, a competição econômica, através da ação de caráter administrativo, educativo, preventivo e repressivo quanto às ações que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência no Brasil.

Ocorre que os litígios submetidos ao CADE não eram analisados com a devida celeridade compatível com a garantia de um ambiente concorrencial adequado no que tange à prevenção de práticas ilícitas, e também, a multiplicidade de órgãos e autoridades competentes estabelecidas pela Lei n.º. 8.884/94 para tratar de matéria antitruste acabava gerando ambiente de incertezas. Nesse contexto, o Projeto de Lei 06/2009; o qual se transformou na Lei n.º. 12.529/2011, revogou, parcialmente, a antiga Lei Antitruste (Lei. 8.884/94) e passou a estruturar SBDC, regulamentando a matéria referente às práticas anticoncorrenciais, conforme expõe em seu Art. 1º:

Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Segundo Guilherme Abrão (2016), “a preocupação em estabelecer um efetivo sistema de defesa da concorrência está inequivocamente atrelado ao funcionamento saudável de um sistema competitivo de mercados, inclusive, com o objetivo de garantir maior eficiência econômica”. O SBDC é composto, atualmente, pelo CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE). O CADE é constituído pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos; e é a Entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, pelas funções preventiva, repressiva e educacional de zelar pela livre concorrência, além de investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial. Nessa perspectiva, a atual Lei de Defesa da Concorrência busca tornar mais eficaz a atuação do CADE no controle e repressão de condutas anticompetitivas (a exemplo da formação de cartel), possibilitando, dentre outras medidas, a realização de Acordos de Leniência por meio dos quais a punibilidade administrativa e penal do agente é extinta, bem como, é suspenso o curso do prazo prescricional, em troca de informações que auxiliem a autoridade pública nas

investigações para em que o proponente deve cooperar com a Administração Pública a identificar, processar e condenar os demais envolvidos na prática anticoncorrencial.

A cultura de defesa da concorrência no mercado brasileiro vem se difundindo e despertando a sensibilidade para a conscientização da sociedade acerca dos prejuízos causados pelas práticas anticoncorrenciais. Dessa forma, a liberdade de concorrência, como Princípio da Ordem Econômica e bem jurídico a ser tutelado, influenciou na criminalização, através do Direito Penal Econômico, de práticas que alteram a estrutura dos mercados e comprometem o seu bom funcionamento segundo caracterizado o abuso de poder econômico (Art. 173, § 4º da CRFB/88).

5. As Infrações Anticoncorrenciais e o Crime de Cartel no Contexto do Direito Penal Econômico

O advento dos crimes econômicos se deu em meio à consagração da Ordem Econômica e em consequência do processo de globalização e interação entre Direito e Economia. A evolução da delinquência econômica esta intimamente relacionada às noções de mercado, que sofreu os efeitos da Revolução Industrial e, posteriormente, da intervenção Estatal. Explica Oliveira (1994, p. 38):

O mercantilismo, os antecedentes na Revolução Industrial, o impacto da tecnologia, o crescimento do capitalismo e todas as implicações econômicas na vida social e política dos povos, consolidaram a difusão das relações econômicas, inclusive entre as nações. Essa evolução fez crescer, na mesma medida, a criminalidade econômica, esta cada vez mais sofisticada.

No caso brasileiro, a Ordem Econômica é disciplinada no Texto Constitucional de 1988, a partir do Art. 170, formando parte da denominada Constituição Econômica, “como marco jurídico para a ordem e o processo econômicos, em que se encontram ancorados os pressupostos constitucionais dos bens jurídicos que devem ser protegidos pela lei penal” (PRADO, 2011, p. 41). Nesse contexto, acentua-se que a OEC é assegurada não apenas pela CRFB/88; mas, também, pela via legislativa do Direito Penal, conforme previsão Constitucional no seu §4º, do Art. 173⁴. Assim, tem-se que a repressão legal configura-se apenas quando no exercício abusivo do poder econômico, que implica na dominância do mercado, na eliminação da concorrência e no aumento

⁴ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. [...] § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

arbitrário de lucros. A Lei nº. 8.137/90 é pertinente no que se refere à defesa da livre concorrência, sob o enfoque da tutela penal do sistema para o mercado e a economia, pois tipifica os crimes contra a OEB, instrumentalizando a proposta de OCE como bem jurídico tutelado. Segundo Luiz Regis Prado (2011, p. 43):

[...] há duas formas de concorrência que o Direito busca evitar e reprimir, a fim de prestigiar a livre concorrência: a desleal e a perpetrada com abuso de poder. A primeira é apurada em nível cível e penal e envolve apenas os interesses particulares dos empresários concorrentes; a segunda é reprimida também em âmbito administrativo, pois compromete as estruturas do livre mercado, atingindo um universo muito maior de interesses juridicamente relevantes, configurando os denominados crimes contra a ordem econômica (PRADO, 2011, p. 43).

O Direito Penal Econômico quer, então, tutelar a liberdade, conciliando-a com a Ordem Econômica orientada para a repressão do abuso de poder econômico que atente contra valores sociais, a exemplo da livre concorrência. Do ponto de vista do Direito Administrativo Econômico, o ilícito econômico configura-se quando a norma que cuida das medidas de Política Econômica Constitucional é lesada. No entanto, quando a norma transgredida é aquela prevista pelo Direito Penal; podendo, também, ser predefinida na seara administrativo-econômica, há relação entre as duas esferas, que culmina na existência do Direito Penal Econômico. Segundo Albino de Souza (2003, p. 73), “ambos os ramos estarão diante de ‘fato de política econômica’. Cada um trata ao seu modo. Quando o mesmo fato econômico tratado pelo Direito econômico é tomado no território penal, dá-se a conexão entre as duas disciplinas”. De fato, o ato ilícito por si só implica sanções, as quais podem produzir efeitos econômicos, administrativos, civis e também penais. Para Lamy (2014, p. 11), “os crimes econômicos são todos aqueles que, de alguma forma, afrontem a ordem econômica, sejam eles cometidos por empresas – quando serão punidos na pessoa de seu administrador – ou por pessoas físicas”.

Albino de Souza (2003, p. 72) elucida quanto à pertinente indagação a respeito do limite entre o ilícito econômico e a sujeição de penalidade na esfera penal:

[...] certas práticas de consequência econômica podem ter o caráter de crime ou de contravenção. Nesse caso incluem-se no Direito Penal a fraude, o peculato e outros, que sem dúvida levam a resultados que apresentam conotações econômicas, embora por vias ilícitas. Outras vezes, entretanto, os atos constituem técnicas ou práticas econômicas, tais como o monopólio obtido por ‘fusão’, ‘incorporação de empresas’, ‘manipulações de mercado’ para provocar a oscilação dos preços. Temos, então, hipótese diferente da primeira. Entretanto, permanece a indagação quanto a tais atos serem lícitos ou ilícitos, portanto, se estão ou não sujeitos a penalidades, e, em caso

positivo, se estarão incluídos no âmbito do Direito Penal.

O artigo 36, da Lei 12.529/2011⁵, tipifica as infrações anticoncorrenciais no âmbito administrativo, constituindo-se nas práticas de agentes econômicos em mercado que visam a prejudicar ou limitar, de qualquer forma, a liberdade de concorrência. As sanções aplicáveis na esfera administrativa estão tipificadas no Art. 37 da mesma Lei.

A formação de cartel, especificamente, possui caráter sigiloso e fraudulento, por isso de difícil identificação pelo poder Estatal, é considerada a mais grave infração contra a Ordem Econômica sendo; assim, tutelada, também, na seara penal. Desse modo, no que diz respeito à proteção contra a formação de cartel; de acordo com a Lei 8.884/94 e; agora, pela Lei 12.529/2011, considera-se, o mesmo, como conduta ilícita eminentemente administrativa. De outra forma, também está previsto na Lei n.º. 8.137/90, em seu Art. 4^o, com redação reformulada pela referida Lei n.º. 12.529/2011.

Destarte, o cartel nada mais é que acordo entre concorrentes (empresários do mesmo ramo) com o objetivo dominar o mercado e evitar a concorrência, maximizando conjuntamente o lucro. Assim, os membros do cartel, agindo em conjunto, influenciam nos níveis de produção e preço do produto, de modo que quanto mais o mercado estiver dominado pelo cartel, ou seja, quanto mais inelástica a demanda deste mercado, maior o poder de influência em aumentar o preço do produto acima do equilíbrio previsto pelo mercado. Segundo Oliveira (1994, p. 63):

Cartel é o acordo temporário, entre diversas empresas exploradores de um mesmo ramo, com objetivo de exercer o monopólio do mercado, conservando cada uma delas parte da sua independência e o total da sua personalidade

⁵Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante. § 1^o A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do *caput* deste artigo. § 2^o Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia. § 3^o 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) [...]

⁶Art. 4^o 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.

jurídica. É um conchavo empresarial em busca do monopólio. No cartel as empresas acertam como e a que preço colocarão seus produtos no mercado e, mais ainda, como tratarão seus fornecedores de matéria-prima, mão-de-obra, etc.

Oliveira e Rodas (2004, p. 42-43) elencam fatores que tornam mais provável a ocorrência de cartéis, como o pequeno número de empresas no mercado, o grau elevado de concentração da produção, a ausência de diferenciação dos produtos, condições de demanda estável e inelástica no mercado relevante, a existência de elevadas barreiras à entrada no mercado, além de circunstâncias que levem ao aprendizado acerca das políticas de preços praticadas entre os concorrentes.

Assim, percebe-se a similaridade entre ambos os dispositivos das leis, cujo objeto é a prevenção e repressão dos abusos do poder econômico que objetive fragilizar o sistema da livre concorrência, em que a previsão legal das mesmas garante o sancionamento concomitante dos ilícitos econômicos nas esferas penal e administrativa quando houver infração as regras da livre concorrência.

A Lei n. 12.529/2011, que revogou os artigos da Lei Penal excluindo diversos comportamentos potencialmente lesivos à Ordem Econômica, tornou o tipo penal da Lei 8.137/90 mais flexível, de modo que o ilícito econômico pode refletir, na seara penal, apenas quando houver suficiente potencial de causar dano ou sério perigo à Ordem Econômica. Os bens jurídicos tutelados são a livre concorrência e a livre iniciativa. O sujeito ativo do delito corresponde ao empresário ou quem de qualquer modo exerça atividade econômica ou empresarial e, os sujeitos passivos são aqueles que tiverem restringidos seus direitos à livre concorrência; ou seja, que foram, por algum motivo, impedidos de competir no mercado sob as mesmas condições.

O referido tipo penal, bem como aqueles relacionados à prática de cartel (tipificados na Lei n°. 8.666/93 e no Art. 288, do Código Penal) expressamente previstos no Art. 87 da Lei n°. 12.529/2011), em síntese, querem incriminar aquele que prevalecendo de condição de superioridade econômica, abusa do poder econômico, e domina ou inibe o funcionamento do mercado, eliminando ou lesionando a livre concorrência. Para apuração e incriminação da prática de cartel, seja em instância administrativa, seja penal, as autoridades persecutórias contam com o instituto do Acordo de Leniência.

6. Análise econômico-jurídica do Acordo de Leniência: a descriminalização da

conduta anticoncorrencial do delator

O Acordo de Leniência é negociação “de mercado” entre o Estado e um membro do cartel, em que, o segundo, apresenta para o primeiro, elementos que colaborem efetivamente com as investigações no processo administrativo em troca da extinção total ou parcial da punibilidade penal e administrativa. Segundo o Guia de Programa de Leniência Antitruste do CADE (2016):

O Programa de Leniência do CADE é um conjunto de iniciativas com vistas a detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica; informar e orientar permanentemente as empresas e os cidadãos em geral a respeito dos direitos e garantias previstos nos artigos 86 e 87 da Lei nº. 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência – LDC) e nos artigos 197 a 210 do Regimento Interno do CADE (RICADE); e incentivar, orientar e assistir os proponentes à celebração de Acordo de Leniência Antitruste do CADE (Acordo de Leniência). [...] permite que empresas e/ou pessoas físicas envolvidas ou que estiveram envolvidas em um cartel ou em outra prática anticoncorrencial coletiva obtenham benefícios na esfera administrativa e criminal por meio da celebração de Acordo de Leniência com o CADE, comprometendo-se a cessar a conduta ilegal, a denunciar e confessar sua participação no ilícito, bem como a cooperar com as investigações apresentando informações e documentos relevantes à investigação.

Destarte, além das alterações em relação à estruturação do SBDC, mudanças advindas com a Lei nº. 12.529/2011 se deram também no âmbito do Programa de Leniência, por ser importante meio de combate às práticas relacionadas à formação de cartéis. O Acordo de Leniência, embora tenha sido utilizado em vários países desde a década de 1970, foi incluído na Legislação Brasileira através da Lei nº. 10.149/2000, que alterou a Lei nº. 8.884/94 para possibilitar, nos Arts. 35-B e 35-C, a celebração de acordo entre a, então, Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça, representando a União, e as pessoas físicas ou jurídicas que infringissem a Ordem Econômica (lenientes).

Em que pese o acordo de leniência não tenha perdido sua essência com a Lei nº. 12.529/2011; esta, trouxe alterações importantes tipificadas em seus Arts. 86 e 87⁷, a

⁷ Art. 86. O CADE, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. § 1º O acordo de que trata o *caput* deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da

exemplo de; agora, o acordo ser firmado pelo CADE por intermédio da Superintendência-Geral e, não mais, pela SDE do Ministério da Justiça.

Outrossim, enquanto, na Legislação anterior era extinta a punibilidade apenas dos crimes praticados contra a Ordem Econômica, a Lei nº. 12.529/2011 possibilitou o impedimento do oferecimento da denúncia em relação ao leniente também para os demais crimes diretamente relacionados com a prática de cartel, a exemplo daqueles previstos na Lei de Licitações (Lei nº. 8.666/1993) e no Código Penal (Art. 288), além da suspensão do curso do prazo prescricional.

A celebração do Acordo pode conferir agilidade às investigações, uma vez que economiza os recursos destinados à investigação da prática dos ilícitos relacionados ao cartel, tornando passíveis de condenação administrativa e criminal as empresas e pessoas físicas que participaram da conduta ilícita, sujeitas a severas sanções administrativas previstas no Art. 37 da Lei nº 12.529/2011 e penais previstas no Art. 4º da Lei nº 8.137/90 (reclusão de 2 a 5 anos e multa).

O bom funcionamento do mercado pressupõe a repressão das condutas ilícitas que atentem contra a Ordem Econômica e, para isso, o Acordo de Leniência é instrumento que se coaduna com a coibição de práticas anticoncorrenciais; trazendo benefícios para a garantia da livre concorrência e da Ordem Econômica Brasileira.

As curvas de oferta e de demanda em determinada economia podem sofrer nefastas e criminosas influências colocando em desequilíbrio as condições de mercado. Por isso, as ações interventivas de políticas de Estado e de Governo na condução normativo-jurídica do mercado, com a criação de normas concorrenciais administrativo-penais, por exemplo, sinalizam estímulos e sanções às práticas econômicas que modificam as condições de equilíbrio inicial desse mercado. Assim, muitas práticas anticoncorrenciais que desestabilizam a Ordem Econômica são, também, criminalizadas na seara penal; ou seja, é, também, assegurada sanção penal quando a economia for lesada em razão destas práticas, mais especificamente, quando ocorrer abuso de poder

propositura do acordo; e IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento. [...].Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº.8.137/90 e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o *caput* deste artigo.

econômico que ofenda a liberdade de concorrência e a higidez do mercado.

Nesse contexto, o Direito Penal Econômico é determinante para deflagrar a tutela penal para esses ilícitos, pois assegura a punibilidade de práticas anticoncorrenciais quando fragilizam o mercado e desestabilizam a economia; ainda que, atuando em consonância com a defesa administrativa da concorrência. No entanto, é necessário que as penas que vierem a ser impostas na esfera criminal sejam proporcionais, haja vista, o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal; ou seja, quando a tutela administrativa não mais atender as necessidades de prevenção e repressão dos ilícitos que ferem a Ordem Econômica, em especial, a livre concorrência. Desse modo, a criminalização das condutas relacionadas à desvirtuação da atividade econômica deve ser analisada sob o ponto de vista dos reflexos econômicos advindos; inclusive, considerado o Acordo de Leniência, do mesmo modo que a regulamentação legal da coerção aos ilícitos econômicos deve se ater aos reflexos na seara penal. Nesse ponto, para repreender e prevenir a prática dos cartéis (ou qualquer conduta que vise a dominar abusivamente o mercado ou disseminar condutas anticoncorrenciais) e para atender às diretrizes econômicas ditadas pela CRFB/88; é de se analisar a necessidade da condenação dos infratores seja administrativa ou penalmente.

De fato, a Ordem Econômica e sua manutenção, pela eliminação de atitudes anticoncorrenciais, sugere condutas normativo-judiciais que desestimulem, seja pelo Direito Penal ou pelo Direito Administrativo Econômico as ineficiências criminais ou infrativas. Entretanto há de ser analisada, na prática, a possibilidade de se punir condutas anticoncorrenciais pela via administrativa, a despeito de o cartel ser, também, considerado infração penal, para que se possa atingir maior eficácia ou a eficiência econômico-social própria do que se entende por PEES⁸.

Oliveira e Rodas (2004, p. 31) sustentam ser pacífica a possibilidade de conceituação e normatização do Direito Concorrencial seja no âmbito do Direito Penal Econômico ou Administrativo Econômico; no entanto, questionam a coexistência de dois tipos, penal e infracional, para a mesma prática anticoncorrencial no Ordenamento Jurídico Brasileiro; destacando a possibilidade de um *bis in idem* segundo Reale Jr. (*apud* OLIVEIRA e RODAS, 2004, p. 31):

[...] dificuldade de se estabelecer em nosso ordenamento, em virtude de a lei brasileira possibilitar a subsunção das condutas de abuso de poder

⁸ Para maior esclarecimento sobre o PEES, ver GONÇALVES e STELZER (2012a; b;2014)

econômico, tanto na lei penal, como no direito da concorrência. Isso leva Reale Jr. a afirmar a possibilidade de levar, quer a um *bis in idem* com consequente cúmulo de penas, quer a eficiência em apenas um dos campos. A solução não apenas para a questão teórica da localização do direito concorrencial no campo jurídico, mas também para torná-lo mais efetivo, seria a adoção da “terceira via”, consoante sugestão de Hassemer e formulação de Reale Jr., a ser de *lege ferenda*, incorporada a lei concorrencial brasileira.

Não é fácil flagrar e punir a ação cartelizada, haja vista, suas condições estarem presentes em inúmeros mercados. De fato, a “interação estratégica entre empresas oligopolistas admite diversos resultados, requerendo análise econômica minuciosa antes de concluir apressadamente pela ocorrência de indícios de infração” (OLIVEIRA e RODAS, 2004, p. 45). Observa-se, pois, que a probabilidade de se flagrar e punir o cartel aumenta com a celebração do Acordo de Leniência, embora tenha como reflexo para o leniente a extinção da punibilidade criminal, gerando maior instabilidade entre os agentes criminosos ao suscitar a desconfiança e o consequente aumento do custo no monitoramento da infração; assim:

O acordo de leniência, portanto, é um instrumento de política criminal que amplia os poderes de investigação dos órgãos responsáveis pela fiscalização do sistema brasileiro de defesa da concorrência (especialmente da Secretaria de Direito Econômico, pois é a autoridade competente para a celebração do acordo de leniência) a fim de que se permita ao agente infrator (pessoa física e/ou pessoa jurídica) auxiliar na investigação de maneira a prevenir ou reparar o dano causado por determinada conduta lesiva à ordem econômica (ABRAO, p. 5).

O neoliberalismo, em que cada um tem autonomia para buscar aquilo que lhe é mais benéfico, mais vantajoso, vem valorizar a eficiência, inserida na Análise Econômica do Direito. Destarte, o Acordo de Leniência, como forma de negociação que visa abolir a punibilidade do crime de formação de cartel e; agora, também, dos crimes previstos na Lei de licitações e na associação criminosa do Art. 288 do Código Penal; quer, acima de tudo, “diminuir os custos de transação dos interesses reciprocamente considerados no processo de desenvolvimento” (GONÇALVES, STELZER, 2009, p. 2747).

Trazendo-se, aqui, os ditames da Análise Econômica do Direito, em especial, da Microeconomia e da denominada de teoria dos jogos; urge lembrar, para análise do Acordo de Leniência, o exemplo do dilema do prisioneiro, podendo-se deduzir-se que:

A traição ao cartel pode gerar ganhos expressivos para o membro do cartel que decidir burlar o acordo, desde, é claro, que não seja flagrado pelos demais membros. Isso faz com que os cartéis sejam obrigados a ter um

mecanismo de controle relativamente detalhado, o que por sua vez, pode ser flagrado e utilizado como prova contra o cartel (OLIVEIRA e RODAS, 2004, p. 46).

A negociação própria da leniência trata de opção entre escolhas recíprocas que explicitam Gonçalves e Stelzer (2009, p. 2747):

A LaE, como método ou instrumental normativo e normativo-analítico-interpretativo da Ordem Jurídica Econômica, sugere a adoção do livre arbítrio das escolhas, em meio à atitude, socialmente responsável, de maximização dos interesses individuais que, por sua vez, devem ser negociados considerando-se a natureza recíproca das consequências quando da tomada das decisões, por parte dos agentes econômicos.

A CRFB/88 adota o princípio da liberdade de concorrência como “forma de alcançar o equilíbrio, não mais aquele atomístico do liberalismo tradicional, mas um equilíbrio entre os grandes grupos e um direito de estar no mercado também para as pequenas empresas” (FONSECA, 2004, p. 129). As consequências advindas do Acordo de Leniência estariam em consonância com a punição das práticas anticoncorrenciais, ao extinguir a punibilidade do leniente para, em troca, terem-se mais subsídios para a condenação dos demais membros do cartel. No entanto, há de se pensar a forma na qual devem se dar as punições para essas condutas.

O alcance do menor custo e maior benefício social (justiça econômico-social) do Acordo de Leniência dentro da abordagem do Direito Administrativo Econômico em relação ao combate das práticas anticoncorrenciais implica averiguar seu caráter preventivo, no que tange ao cumprimento das regras de defesa de concorrência, e o repressivo, no que se refere a combater e punir condutas anticompetitivas. Destarte, a não estimulação das práticas anticoncorrenciais pode se dar a partir da repressão pela via administrativa, pois haveria uma diminuição de custos e maximização dos resultados, em consideração às externalidades e ao reflexo social que causaria penalizar criminalmente o ilícito discutido no Acordo de Leniência.

As Autoridades brasileiras de Defesa da Concorrência vêm desenvolvendo sua expertise para desestimular os cartéis conforme se verificou, no final do ano passado (2016), a abertura do quarto procedimento investigatório apurado no âmbito da “Lava Jato”⁹ (IA n.º. 08700.001836/2016-11). De qualquer sorte, o País, que já angariou razoável triunfo com o alcance da democracia representativa após passar pelo

⁹ Ver <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-mpf-go-e-policia-federal-realizam-operacao-para-investigar-suposto-cartel-em-licitacoes-de-ferrovias>. Acesso em 15/08/2017.

autoritarismo burocrático; ainda, caminha vagarosamente no que tange à implementação de políticas públicas para solucionar os graves problemas econômicos que assombram a sociedade, “de forma responsável e coerente com vistas à governabilidade, sem comprometer a liberdade social, os direitos e garantias constitucionais e, ainda, conseguindo a harmonia entre a dimensão legal-racional e a eficiência econômica” (GONÇALVES, STELZER, 2009, p. 2744). É o que sugere o PEES, dentro dos limites do Mínimo Ético-Legal (MEL).

Desse modo, o Acordo de Leniência pressupõe a mesma lógica utilitarista-mercadológica utilizada na delação premiada. Ao longo dos anos, em tempos de crescente criminalidade organizacional, principalmente envolvendo ofensa aos bens jurídicos do próprio Estado, a delação premiada foi incorporada pelo legislador ao Ordenamento Jurídico como recompensa ao delator, a fim de auxiliar nas investigações e para repressão de alguns tipos de crimes, quer diminuindo sua pena, quer extinguindo sua punibilidade. Neste sentido, elucida Brito (2016, p. 51):

[...] nasceu impulsionada por uma política criminal que busca dar respostas rápidas e eficientes no sentido de satisfazer as demandas sociais por segurança, decorrentes do medo da criminalidade e do sentimento de insegurança que são percebidos subjetivamente, ainda que essa percepção não corresponda, na mesma proporção, à existência objetiva do crime.

A tutela penal nem sempre será necessária para reprimir e prevenir as práticas anticoncorrenciais relacionadas ao cartel, tendo em vista que o Direito Penal é a *ultima ratio*, pois a punição pela via administrativa pode, *de per se*, preservar a liberdade concorrencial e o bom funcionamento do mercado.

Considerações finais

A busca pela prevenção e combate aos delitos administrativos e crimes contra a Ordem Econômica tem sido um dos dilemas enfrentados pela sociedade brasileira contemporânea. Nesse contexto, o Direito Administrativo Econômico sopesado pela CRFB/88 e o Direito Penal Econômico; ambos sob o enfoque da Análise Econômica do Direito, podem auxiliar na busca de eficaz solução para o desincentivo à delinquência econômica; mas, com proporcionalidade aos devidos limites da punição nos âmbitos administrativo e penal.

Os benefícios concedidos, pelo CADE, aos agentes que colaboraram efetivamente com as investigações, em vista da celebração de Acordos de Leniência,

trazem consigo consequências de deflagração e futura condenação dos demais membros autores da infração à ordem econômica (cartel e condutas relacionadas). Assim, a descriminalização das práticas anticoncorrenciais pode ser compatível com as consequências penais advindas da celebração do Acordo de Leniência, em relação à impossibilidade do oferecimento da denúncia com relação ao leniente para os crimes relacionados à prática de Cartel (Art. 87 da Lei nº. 12.529/2011).

No entanto, sob a égide do Princípio da Eficiência Econômico-Social, quer-se, encontrar ponto de equilíbrio entre a concessão, pelo CADE, de imunidades ao leniente e a repressão penal às infrações relacionadas à prática de cartel que, em determinados casos, pode se dar de modo eficiente sem a necessidade da persecução penal e do cárcere privado, mas com o pagamento de multas, por exemplo.

É importante destacar que o Direito Penal, como *ultima ratio*, não tem o condão de solucionar todos os problemas advindos com a realidade contemporânea. Na verdade, a dinâmica penal econômica tem se valido; em muitos casos, conforme à lógica utilitarista de mercado, a qual pressupõe a escolha racional do agente criminoso, requerendo, do Estado, a aplicação de penas cada vez mais severas e eficientes, com o fim de minimizar o custo social dos crimes. Por isso, a saída eficiente, para a punição das práticas anticoncorrenciais, é a sanção administrativa, e o Acordo de Leniência, ao extinguir a punibilidade do colaborador para os crimes previstos no Art. 87 da Lei nº. 12.529/2011, pode ser ótima solução para o referido problema.

Referências Bibliográficas

ABRÃO, Guilherme Rodrigues. *O acordo de leniência no direito penal*. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/_imprime.php?jur_id=9724. Acesso em: 11/08/2017.

ALBINO DE SOUZA, Washington Peluso. *Teoria da Constituição econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BARRILARI, Claudia Cristina. *Algumas considerações sobre os crimes de perigo e o direito penal econômico*. Revista dos Tribunais – ano 100 – n. 903 – janeiro 2011

BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 14, jun./ago. 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 11/08/2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05/10/1988.

_____. Decreto Lei nº. 2.848, de 7/12/1940. Código Penal.

_____. Lei nº. 8.137, de 27/12/1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.

_____. Lei nº. 8.666, de 21 de/06/1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

_____. Lei nº. 8.884 de 11/06/1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.

_____. Lei nº. 12.529, de 30/11/2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a Ordem Econômica; altera a Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994 e a Lei n. 9.781, de 19 de janeiro de 1999 e dá outras providências.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Combate a Cartéis e Programa de Leniência*, 2009, 3 ed. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_leniencia.pdf. Acesso em: 11/08/2017.

BECKER, Gary Stanley. *Crime and punishment: an economic approach*. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. *Essays in the economic of crime and punishment*. 1974.

_____. *The Economic Approach of Human Behavior*. Chicago: University of Chicago press, 1990.

BRITO, Michelle Barbosa de. *Delação Premiada: da eficiência à integridade*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

CALDEIRA, Felipe Machado. *A conformação constitucional do direito penal econômico e a impossibilidade de sobreposição de sanções administrativa e penal*. Revista brasileira de ciências criminais – ano 20 – nº. 95 – abril de 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra, 1991.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 5 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Everton das Neves e STELZER, Joana. O Direito Econômico: Extraordinário Instrumento de Desenvolvimento. In *Anais do XVIII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito – CONPEDI*. Maringá, PR. Florianópolis, SC: Fundação Boiteux, 2009. V. 5. P. 2727-2761. ISBN 978-85-7840-023-1. Disponível em http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/maringa/Maringa_integra.pdf. Acesso em 11/08/2017.

_____. e _____. *Aspectos econômico-jurídicos da nova Lei de Defesa da Concorrência Brasileira*. 2012a. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9f8684e630c4c30c>. Acesso em: 11/08/2017.

_____ e _____. Eficiência e Direito: pecado ou virtude, uma incursão pela Análise Econômica do Direito. In *Revista Jurídica da Faculdade de Direito do UNICURITIBA*. Curitiba, PR: Unicuritiba. Revista Eletrônica, v. 1, n. 28. 2012b. P 77-122. ISSN 0103-3506. Disponível em <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/412/317>. Acesso em 11/08/2017.

_____; _____ e SOUZA, G. L. Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES): possibilidade epistêmica para o Direito segundo a Ciência Econômica. In *Anais do I Encontro Brasileiro de Epistemologia Jurídica: limites e possibilidades do conhecimento científico no Direito*, 2014, Florianópolis, SC. Anais do I Encontro Brasileiro de Epistemologia Jurídica: limites e possibilidades do conhecimento científico no Direito. Florianópolis, SC: José Boiteux. v. 1.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faracco. *Reflexos do Acordo de Leniência no Processo Penal: a implementação do instituto ao direito penal econômico brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MISSALI, Guilherme. *A delação premiada na defesa da concorrência brasileira - Considerações sobre o acordo de leniência*. 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI216185,51045->. Acesso em 11/08/2017.

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

PEREIRA, Flavia Siqueira Costa. *O acordo de leniência e as inovações trazidas pela lei 12.529/11*. 2012. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/o-acordo-de-leniencia-e-as-inovacoes-trazidas-pela-lei-12-529-11/90149/>. Acesso em: 11/08/2017.

PRADO, Luiz Regis; OLIVEIRA JR., Gonçalo Farias; TASSE, Adeli El. *Ordem econômica e Direito Penal Antitruste*. 4 ed. Juruá, 2014.

SIMÃO, Valdir Moyses; VIANNA, Marcelo Pontes. *Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção – histórico, desafios e perspectivas*. Jurídicos Trevisan, 2017.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico – fundamentos, limites e alternativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.