

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

AMANDA MOREIRA KRAFT

**O ACORDO DE LENIÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DA
CONCORRÊNCIA NO BRASIL**

**CURITIBA
2014**

AMANDA MOREIRA KRAFT

**O ACORDO DE LENIÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DA
CONCORRÊNCIA NO BRASIL**

Monografia de conclusão de curso apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Ditzel Faraco

Coorientador: Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

CURITIBA

2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

**O ACORDO DE LENIÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DA
CONCORRÊNCIA NO BRASIL**

Monografia de conclusão de curso aprovada
como requisito parcial para obtenção do grau
de Bacharel em Direito, no Curso de
Graduação em Direito, do Setor de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do Paraná,
pela seguinte banca examinadora:

ORIENTADOR: _____

Prof. Dr. Alexandre Ditzel Faraco

COORIENTADOR: _____

Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Curitiba, ____ de novembro de 2014.

“It is not our abilities that shows what we truly are, it is our choices”

J. K. Rowling

AGRADECIMENTOS:

Fato é que as coisas que hoje aparentam ser de difícil execução serão no futuro lembradas como pequenas e tranquilas fases das nossas vidas. A conclusão de um curso é apenas mais uma dessas fases que no presente parece nunca terminar, mas que no futuro, com toda certeza, será motivo de boas recordações.

E mais seguro ainda é afirmar que momentos de dificuldade somente se transformam em lembranças alegres pela presença de determinadas pessoas nesses particulares momentos.

Por isso, impossível não recordar hoje daqueles que possibilitaram a existência desse momento presente e que permanecerão nas minhas recordações futuras.

Primeiramente agradeço meus pais, Adriana e Rogério, por todo amor e dedicação ao longo desses anos que, sem dúvida, possibilitaram e facilitaram meus estudos de formas aqui incontáveis.

À minha amada irmã Gabriela por ter sido desde a minha infância, além de melhor amiga, um exemplo de dedicação a ser seguido.

Aos meus queridos amigos, tanto aqueles conquistados dentro da sala de aula, quanto as minhas sempre presentes e adoradas amigas de infância, que fizeram desses cinco anos de faculdade um período impossível de se esquecer.

Ao meu amado João Vitor por ter colocado um sorriso no meu rosto em todos os meus últimos dias na Santos Andrade.

Aos meus professores Alexandre Ditzel Faraco e Egon Bockmann Moreira por terem despertado em mim o interesse pelo Direito Econômico e por toda ajuda na produção do presente trabalho.

E por fim, mas não menos importante, agradeço a todos os advogados – cada um do seu jeito - que participaram da minha formação, me ensinando com dedicação e paciência a me tornar a advogada que eu um dia sonho em ser.

RESUMO:

O presente estudo pretende abordar com destaque o Acordo de Leniência firmado entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE - e aqueles que são praticantes de cartéis. O acordo de leniência foi inserido na legislação concorrencial brasileira em 2000, tendo sido reformulado e modernizado desde então. Apesar ser uma ferramenta de grande destaque e notável eficiência no combate aos cartéis, no Brasil e no mundo, este tipo de acordo ainda provoca em nosso âmbito jurídico algumas questões importantes que merecem destaque. A doutrina aponta como uma das críticas principalmente o campo de intersecção do trabalho investigativo do CADE e das investigações dos crimes contra a ordem econômica, discutindo, portanto, qual deve ser o papel do Ministério Público no firmamento destes acordos. Além disso, com o advento da Lei nº 12.529/11 passou a ser possível firmar o Acordo de Leniência com aquele que é o líder da prática anticompetitiva, o que demanda do CADE uma análise mais minuciosa do caso a fim de excluir a possibilidade da procura pelo acordo para prejudicar os concorrentes. Apesar da necessidade de alguns ajustes, o programa de leniência do CADE já apresentou diversos casos de sucesso que serão brevemente abordados ao final do presente trabalho.

Palavras chave: Acordo de leniência, CADE, Lei 12.529/11.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 O SURGIMENTO DO ACORDO DE LENIÊNCIA NO DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO.....	11
2.1 PRINCIPAIS INFLUÊNCIAS INTERNACIONAIS	11
2.2 NA LEGISLAÇÃO ANTERIOR.....	15
2.3 NA ATUAL LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA – LEI 12.529/11.....	20
3 O ACORDO DE LENIÊNCIA.....	25
3.1 SEU OBJETO: COMBATE AOS CARTÉIS.....	25
3.2 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO ACORDO DE LENIÊNCIA.....	29
3.2.1 Princípio da legalidade.....	29
3.2.2 Princípio da proporcionalidade e razoabilidade.....	30
3.2.3 Princípio da moralidade.....	31
3.2.4 Princípio da eficiência.....	32
3.2.5 Princípio da busca pela verdade material.....	32
3.2.6 Princípio da consensualidade.....	33
3.3 REQUISITOS PARA FIRMAR O ACORDO.....	34
4 O CADE E A LENIÊNCIA.....	37
4.1 O PROGRAMA E O POSICIONAMENTO DIVULGADO PELO CADE.....	37
4.2 BREVE EXEMPLIFICAÇÃO DOS ACORDOS FIRMADOS.....	41
4.3 CRÍTICAS AO PROGRAMA.....	44
4.3.1 Redução dos valores das multas aplicadas.....	44
4.3.2 Da ausência de concessão de imunidade civil aos participantes do programa.....	46
4.3.3 O papel do Ministério Público no Acordo de Leniência e demais críticas no âmbito penal.....	47
6 CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	53

1. INTRODUÇÃO:

Ao longo da história, as funções atribuídas ao Estado variaram muito de acordo com as exigências demandadas pela sociedade e pelo mercado. Os diferentes contextos históricos do mundo moderno resultaram em fases de profundo afastamento do Estado da economia, como por exemplo, a fase da revolução industrial no começo do século XIX, que se caracterizou pela defesa do sistema liberal, até chegar ao Estado intervencionista que vivemos na atualidade¹.

O elevado grau de complexidade das relações de pessoas e mercados, inclusive entre diversos países, obrigou o Estado assumir um papel mais ativo na economia; a postura anterior de afastamento – ou de não ação - já não era suficiente para responder às questões supervenientes². Desta forma, o Estado teve de buscar maneiras mais eficientes de intervenção, a fim de manter o equilíbrio no mercado e garantir valores como o da livre concorrência³. Na prática, ou no mundo real, longe das teorias econômicas, tornou-se claro que a não intervenção do Estado na economia propiciava a instalação de um ambiente em que *a concentração de capital, que deveria ser exceção, tornou-se regra ou, pelo menos, tendência do desenvolvimento capitalista.*⁴

Buscou-se então criar legislações que fossem capazes de garantir mínimos padrões de concorrência. Nesse contexto deve ser destacada inicialmente a legislação dos Estados Unidos, que desde 1890, o ano do

¹ Sobre a intervenção econômica do Estado: “Justifica-se a intervenção na medida em que esta proteja a livre concorrência, evitando que condutas antitruste sejam praticadas contra a economia popular, prejudicando não só esta, como também o cidadão.” MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; MAIOLI, Patrícia Lopes; ABATI, Leandro de Paula Assunção. O acordo de leniência como corolário do princípio da consensualidade no processo antitruste brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RPDE*. p.156.

² “Foi posteriormente comprovado pela história que essa livre concorrência dos agentes econômicos acabou por gerar elevada concentração de capitais e poder em mãos de alguns, trazendo fatores de instabilidades que comprometiam a preservação do mercado.” Forgioni, Paula. *Os fundamentos do antitruste* p. 61.

³ Calixto Salomão Filho defende a importância da existência de regulamentação econômica, para ele: “todo o agrupamento social, por mais simples que seja, organizado ou não sob a forma de Estado, que queira ter como fundamento básico da organização econômica a economia de mercado deve contar com um corpo de regras mínimas que garantam ao menos o funcionamento desse mercado, ou seja, que garantam um nível mínimo de controle das relações econômicas”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. p. 36.

⁴ CORDOVIL, Leonor et al. *Nova lei de defesa da concorrência comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011* p. 15

lançamento do *Sherman Act*⁵ procurou disciplinar as formas de concentração de poder em mãos de poucos agentes econômicos. No Brasil essa preocupação com a defesa da concorrência foi visivelmente mais tardia, sendo apenas incorporada de forma inicial no nosso ordenamento jurídico com a Lei nº 4.137/62 - apesar de o valor da *liberdade econômica* já ter aparecido de modo expreso na nossa Constituição de 1934⁶ e o de *iniciativa privada e proteção à economia popular* na constituição de 1937⁷. Essas previsões legais comprovaram a preocupação que atingiu o Estado brasileiro a partir da década de 30 com os agentes econômicos, o que justificava a sua intervenção intensiva e constante na economia.

Após o fracasso da Lei nº 4.137/62, que apesar de ser a norma criadora do CADE não logrou êxito no controle do abuso do poder econômico, advém apenas em 1994 a Lei nº 8.884/94 que se constitui na prática como a primeira lei que realmente atendeu de forma mais completa as demandas da defesa da concorrência. Entre os avanços trazidos por esta legislação podemos destacar: a transformação do CADE em autarquia federal, o que lhe conferiu maior autonomia orçamentária, implementação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC -, consolidação e modernização da definição das infrações à ordem econômica.

O acordo de leniência, objeto deste trabalho, é positivado na legislação concorrencial brasileira apenas em 2000, quando pela Lei nº 10.149/00 foram

⁵ “O *Sherman Act* foi produto de debates políticos intensos sobre as melhores formas de controlar a aceleração da concentração econômica principalmente nos setores de telecomunicações e ferrovias, no final do século XIX, promovida pelas grandes corporações econômicas e disciplinadas por meio de um instrumento contratual chamado trust. Por meio desse instrumento viabilizava-se a dissociação, já aqui mencionada, entre detenção de riqueza e controle sobre ela. Tal processo era visto como ameaçador do desenvolvimento econômico e até político da nação.” CORDOVIL, Leonor et al. *Nova lei de defesa da concorrência comentada...* p. 15

⁶ “A Carta de 1934, em seu art. 115, eleva pela primeira vez, a nível constitucional, a liberdade econômica. Coloca-a, entretanto, não de forma incondicionada, delimitando seu exercício. In verbis: ‘ Art. 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.’ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos...* p. 95

⁷ “Considerando esse contexto, em que o Estado buscava suprir a atividade econômica privada, para o sustento do próprio sistema, coloca-se a Constituição Federal de 1937, em que liberdade de iniciativa é tomada nos seguintes termos: ‘ Art. 135. Na iniciativa individual, no poder de criação de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.’ FORGIONI, P. *Os fundamentos...* p. 99.

incluídos os artigos 35-B e 35-C na Lei nº 8.884/94. Com isto, o Brasil passa finalmente a seguir os exemplos dos Estados Unidos e da União Europeia que já firmavam há muito tempo este tipo de acordo.

Desde então, o CADE vem se utilizando desse instituto como uma importante ferramenta no combate aos cartéis. Com a “nova Lei do CADE” – a Lei nº 12.529/11 – esta autarquia passou por importantes reestruturações tanto na sua estrutura física, quanto na legislação em si, inclusive no que tange aos acordos de leniência.

Dada à importância do acordo de leniência serão expostas em seguida maiores informações sobre seu funcionamento e levantadas algumas críticas.

2. O SURGIMENTO DO ACORDO DE LENIÊNCIA NO DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO

2.1 PRINCIPAIS INFLUÊNCIAS INTERNACIONAIS

O primeiro programa de leniência concorrencial do mundo foi adotado em 1978 pelos Estados Unidos e permitia que aqueles infratores que se apresentassem confessando a prática ilícita, antes do início das investigações poderiam receber perdão judicial no âmbito criminal. O departamento de justiça americano destaca como sendo o seu programa de leniência:

(...) o instrumento investigativo mais importante na detecção de atividades de cartel. Corporações e particulares que reportam suas atividades de cartel e cooperam com a divisão investigativa do cartel podem evitar condenação penal, multas, sentenças prisionais, se cumprirem os requisitos do programa.⁸

Este primeiro programa de leniência estadunidense não colheu bons resultados até porque foi raramente utilizado; a divisão de investigação recebia aproximadamente uma aplicação por ano, entretanto, nenhuma delas resultou na descoberta de algum cartel internacional ou de grande impacto.⁹ A baixa procura pelo acordo se deu principalmente pelo alto grau de incerteza do programa, o administrador público era dotado de uma discricionariedade que deixava o suposto praticante da conduta em visível desvantagem.

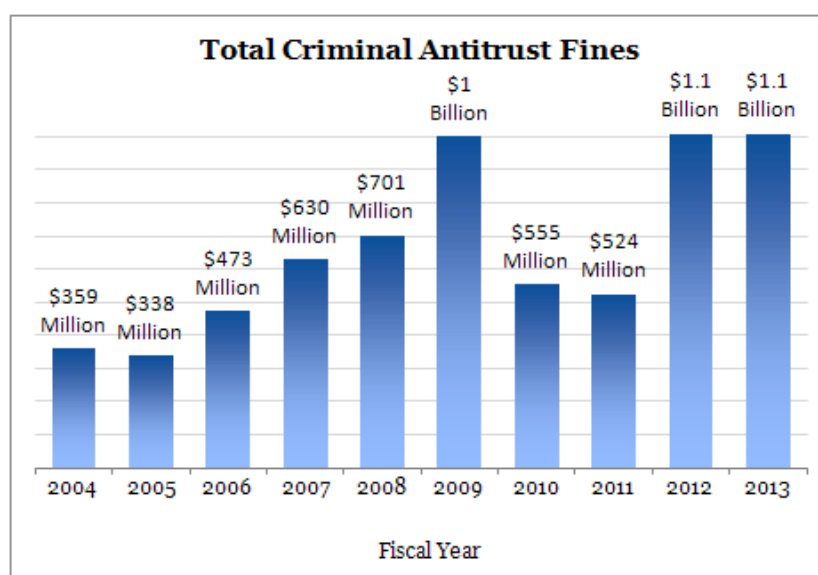
Após este fracasso, em 1993, foi reformulado o programa de leniência, sendo ele chamado de “*Amnesty Program*”. As autoridades investigativas destacaram três grandes mudanças no programa: (i) a concessão automática de leniência, se não houver conhecimento e investigações prévias; (ii) a possibilidade de concessão de leniência, mesmo se a cooperação se promova

⁸Livre tradução LENIENCY PROGRAM. No original: “The Antitrust Division's Leniency Program is its most important investigative tool for detecting cartel activity. Corporations and individuals who report their cartel activity and cooperate in the Division's investigation of the cartel reported can avoid criminal conviction, fines, and prison sentences if they meet the requirements of the program”.

⁹ SCOTT D. Hammond, *The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades, Address Before 24th Annual National Institute on White Collar Crime* .p. 2.

após iniciado o processo investigativo; (iii) todos os executivos, diretores e funcionários que cooperem ficam protegidos de um processo criminal.¹⁰

Estas transformações tornaram o programa mais transparente e, portanto, mais atraente para que as companhias reportassem suas atividades criminais e cooperassem com a divisão investigativa. O sucesso desse programa resta evidente, já que diversos países, inclusive o Brasil, o adotaram como um norte na elaboração de seus próprios programas. Reflexo disso, são os valores arrecadados pela aplicação de multas decorrentes de punição das atividades de cartéis, que só no último ano ultrapassaram os \$ 1.1 bilhões de dólares, como vemos abaixo:



11

É importante frisar que em 1990, os Estados Unidos eram o único país a oferecer este tipo de acordo de leniência. Em 2010 esse número já chegava a 50 países.

O sucesso de um programa de leniência se dá pelas altas penas aplicadas – tratamento severo -, a certeza da condenação e o alto risco de ser descoberto pelas autoridades, mesmo quando não há a auto-delação. Atitudes como estas desestabilizam os cartéis, criando uma atmosfera de desconfiança

¹⁰ No original: “(1) leniency is automatic for qualifying companies if there is no pre-existing investigation; (2) leniency may still be available even if cooperation begins after the investigation is underway; and (3) all officers, directors, and employees who come forward with the company and cooperate are protected from criminal prosecution. SCOTT D. Hammond, *The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement*....p. 2..

¹¹ DEPARTMENT OF JUSTICE. *Antitrust Division*. Public documents. Criminal enforcement: Fine and jail charts through fiscal year 2013.

entre os seus participantes, o que levará a um deles procurar firmar o acordo o mais rápido possível.

Entretanto, não foi apenas o programa americano que serviu como inspiração na formulação deste instituto aqui no Brasil. A União Europeia igualmente influenciou nossa legislação, apesar de em muito se aproximar do modelo utilizado pelos Estados Unidos. A Comissão Europeia – CE - aprovou a regulação de seu programa de leniência em 1996 e o reformou em 2002¹².

Em 2006 a União Europeia divulgou alterações em seu Programa de Leniência. Com estas novidades buscou-se promover “mais diretrizes práticas aos interessados, bem como mais clareza nos seus procedimentos.”¹³. A concessão de imunidade teve seus requisitos esclarecidos para:

(i) especificar quais tipos de informação que devem ser submetidos pelos requerentes para qualificar-se à imunidade; (ii) condicionar a concessão da imunidade ao fornecimento de informações necessárias para as autoridades conduzirem dawn-raids de forma mais eficiente; (iii) esclarecer que os requerentes não precisam fornecer de pronto, por ocasião de suas aplicações, informações que poderiam prejudicar a realização de inspeções pela Comissão (o que poderia ser feito através de uma contínua cooperação entre as partes); e finalmente (iv) esclarecer que os requerentes do benefício devem explicitamente revelar sua participação no cartel.¹⁴

Destaca-se que dentre essas alterações, a CE ainda adicionou, dentre as possibilidades de participação no programa, que uma aplicação poderia ser aceita mesmo com reduzido número de informações, sendo concedido um tempo extra para que o participante pudesse apresentar as informações complementares.

Ao longo dos anos, diversos países europeus adotaram programas de leniência:

a Grã Bretanha em 1998, Bélgica em 1999, Alemanha e Irlanda em 2000. A Espanha foi relativamente atrasada, não adotando o programa

¹² Tradução livre de POLO, Michele e MOTTA Massimo in *Leniency Programs*. No original: “the European Commission has approved a regulation in 1996 and reformed it in 2002”.

¹³ DRAGO, Bruno de Luca. Acordos de leniência – breve estudo comparativo. *Revista do IBRAC* .p.56.

¹⁴ DRAGO, Bruno de Luca. Acordos de leniência...p.56.

leniência até 2007, assim como a Estônia e Lituânia (2008) e Eslovênia (2010). Em 2011, todos os membros da União Europeia tinham introduzido programas de leniência nas suas legislações de antitruste – com a exceção de Malta.¹⁵

A CE, assim como os Estados Unidos, tem arrecadado valores extremamente significativos com a imposição de multas, provenientes de condenações no combate aos cartéis. Pela tabela abaixo é possível constatar a magnitude do programa de leniência, que apenas em aproximadamente cinco anos angariou mais de € 8 bilhões de euros.

Year	Amount in €
2010	2 868 459 674
2011	614 053 000
2012	1 875 694 000
2013	1 882 975 000
++2014++	1 575 981 000
Total	8 817 162 674

Desde 2007 encontramos em todos os cinco continentes programas de leniência.¹⁷ Como já destacado anteriormente, em 2010 o número de países que incorporaram essa ferramenta em suas legislações antitruste já chegava aos cinquenta.

Por este breve apanhado de informações sobre outros países percebemos que o acordo de leniência pode ser hoje considerado uma unanimidade na luta contra os cartéis. A importância da difusão deste instituto pelo mundo é destacada nas palavras de Joan Ramón Borrell, Juan Luis Jiménez e Carmen García:

¹⁵ Tradução livre de BORRELL, Joan Ramón, JIMÉNEZ, Juan Luis, GARCÍA, Carmem. In *Evaluating antitrust leniency programs*. p. 3. No original: “the UK in 1998, Belgium in 1999 and Germany and Ireland in 2000. Spain was a relative latecomer, not adopting a leniency program until 2007, as were Estonia and Lithuania (2008) and Slovenia (2010). By 2011, all the EU Member States had introduced leniency programs in their antitrust legislation - With the exception of Malta”.

¹⁶ EUROPEAN COMMISSION. *Competition: Cartel statistics*.

¹⁷ Tradução livre de BORRELL, Joan Ramón, JIMÉNEZ, Juan Luis, GARCÍA, Carmem. In *Evaluating antitrust leniency programs*.p.3. No original: “A leniency program was to be found on all five continents by 2007”.

Nós acreditamos que os programas de leniência tiveram um impacto positivo na percepção da política antitruste dos países sobre os empresários. Programas de leniência se tornaram armas de massiva dissuasão na mão das autoridades antitruste contra a mais danosa explícita forma de colusão.¹⁸

Felizmente, o Brasil tem ido ao encontro das legislações mais avançadas no mundo no que diz respeito ao combate dos cartéis. Em seguida será analisado o advento do programa de leniência brasileiro na antiga lei de defesa da concorrência, a Lei n^o 8.884/94.

2.2 LEGISLAÇÃO ANTERIOR

Como já abordado na introdução do presente estudo, o programa de leniência foi incorporado, em 2000, na nossa legislação por meio da Lei n^o 10.149 que introduziu na Lei n^o 8.884/94 os artigos 35-B e 35-C¹⁹.

¹⁸ Tradução livre de BORRELL, Joan Ramón, JIMÉNEZ, Juan Luis, GARCÍA, Carmem. In *Evaluating ...* p.3. No original: "We find that leniency programs have had a significant positive impact on the perception of a country's antitrust policy among business people. Leniency programs have become weapons of mass dissuasion in the hands of antitrust enforcers against the more damaging forms of explicit collusion among rival firms in the market place."

¹⁹ Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais co-autores da infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. § 1o O disposto neste artigo não se aplica às empresas ou pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta tida como infracionária. § 2o O acordo de que trata o *caput* deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - a empresa ou pessoa física seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

§ 3o O acordo de leniência firmado com a União, por intermédio da SDE, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 4o A celebração de acordo de leniência não se sujeita à aprovação do CADE, competindo-lhe, no entanto, quando do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

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

II - nas demais hipóteses, reduzir de um a dois terços as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 27 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. § 5o Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais co-autores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o art. 23 desta Lei. § 6o Serão

Durante a vigência do programa de leniência sob a Lei 8.884/94, a Secretaria de Direito Econômico, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o Ministério da Justiça – ou respectivamente: SDE, CADE e MJ – passaram a divulgar conjuntamente cartilhas que continham informações detalhadas deste programa:

O Programa foi introduzido na Lei de Defesa da Concorrência em 2000 e a SDE é o órgão competente para negociar e firmar o Acordo de Leniência. O artigo 35-B da Lei de Defesa da Concorrência autoriza a SDE a celebrar acordos de leniência com pessoas físicas e jurídicas, em troca de confissão e colaboração na investigação da prática denunciada, com a extinção total ou parcial das penalidades administrativas originalmente aplicáveis pela prática de cartel. Tais disposições são complementadas pelo artigo 35-C da mesma Lei, que dispõe que o cumprimento dos requisitos de um Acordo de Leniência extingue automaticamente a punibilidade do beneficiário quanto aos crimes previstos na Lei de Crimes Contra a Ordem Econômica (Lei nº 8.137/90).²⁰

Apesar dos esforços das autoridades competentes na divulgação deste “novo” acordo, o primeiro candidato ao Programa de Leniência se apresentou à SDE apenas em 2003²¹, ou seja, três anos após a inserção do programa na lei

estendidos os efeitos do acordo de leniência aos dirigentes e administradores da empresa habilitada, envolvidos na infração, desde que firmem o respectivo instrumento em conjunto com a empresa, respeitadas as condições impostas nos incisos II a IV do § 2º deste artigo § 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de investigação ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a SDE, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual não tenha qualquer conhecimento prévio a Secretaria. § 8º Na hipótese do parágrafo anterior, o infrator se beneficiará da redução de um terço da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada. § 9º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo. § 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada pelo Secretário da SDE, da qual não se fará qualquer divulgação. § 11. A aplicação do disposto neste artigo observará a regulamentação a ser editada pelo Ministro de Estado da Justiça.

Art. 35-C. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o *caput* deste artigo.

²⁰ CADE. *Combate a Cartéis e Programa de Leniência* (2009). 3. ed. p. 17.

²¹ “O primeiro Acordo de Leniência firmado pela SDE data de 08 de outubro de 2003, nos autos do Processo Administrativo 08012.008126/2003-10, que culminou nas condenações impostas

brasileira. Com o passar dos anos, a SDE foi ganhando confiança no meio empresarial, além dos constantes aperfeiçoamentos do programa. Estes fatores elevaram o número de acordos firmados, que até julho de 2009 já chegavam a quinze.²²

Para a assinatura do acordo de leniência pela antiga lei de defesa da concorrência deveriam ser observados os seguintes requisitos:

(a) O proponente (empresa ou pessoa física) deve ser o primeiro a se apresentar à SDE e a admitir sua participação na prática denunciada. Se uma empresa se habilita para leniência, todos os seus funcionários que admitirem seu envolvimento no cartel receberão o benefício da leniência da mesma forma que a empresa, desde que assinem o Acordo de Leniência juntamente com a empresa e colaborem com a SDE durante as investigações. Por outro lado, caso a empresa não queira aplicar para o Programa de Leniência, seu funcionário poderia fazê-lo individualmente, caso em que a proteção não se estende à empresa. (b) O proponente deve cessar seu envolvimento na prática denunciada. (c) O proponente não pode ser o líder da prática denunciada. (d) O proponente deve concordar em cooperar com a investigação. (e) A cooperação deve resultar na identificação dos outros membros do cartel e na obtenção de provas que demonstrem a prática denunciada. (f) No momento da propositura do Acordo, a SDE não pode dispor de provas suficientes para assegurar a condenação do proponente.²³

pelo CADE aos integrantes do cartel. No caso, um dos membros do cartel realizado por empresas de serviços de vigilância do Rio Grande do Sul procurou a SDE para delatar tal prática e cooperar com as autoridades. A prática do cartel era fraudar licitações públicas. A partir de informações fornecidas pelo beneficiário do Acordo a SDE e o Ministério Público realizaram operações de busca e apreensão simultaneamente em empresas e associações. Para a SDE as provas apreendidas demonstram que as empresas realizavam reuniões semanais para combinar propostas nas concorrências e pregões públicos. Em 2007 o CADE proferiu sua decisão impondo, dentre outras condenações multas superiores a R\$ 40 milhões, além de proibir as empresas condenadas de participarem de licitações por 5 anos. Nenhuma condenação foi imposta ao “leniente”, que teria cumprido todas as exigências do Acordo”. ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (cord.); GIANINNI, Adriana Franco et al. *Comentários à nova lei* p.263.

²²CADE. *Combate a Cartéis e Programa de Leniência (2009)*. p.18.

²³CADE. *Combate a Cartéis e Programa de Leniência...* p.20.

Apesar deste rol de requisitos aparentar incômoda extensão para os possíveis proponentes, é fato que os benefícios concedidos no momento da assinatura do acordo eram igualmente extensos. O programa oferecia imunidade administrativa total ou parcial para seus participantes, sendo que esta “parcela” de imunidade dependia do quanto a SDE tinha conhecimento prévio da conduta ilegal investigada; não havendo nenhum conhecimento anterior, era concedida imunidade total ao beneficiário; já existindo informações prévias, a penalidade poderia ser reduzida de um a dois terços, dependendo do grau de cooperação e boa-fé da parte signatária.

Importante relembrar que o acordo de leniência protege seus participantes, pessoas físicas, desde que assinantes em conjunto com a empresa investigada - tanto na esfera administrativa, quanto na criminal. “A celebração do Acordo de Leniência determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento de denúncia criminal contra tais pessoas físicas.”²⁴

Outro aspecto interessante do acordo de leniência aqui existente diz respeito ao Sistema de Senhas (“*marker system*”):

A SDE criou um ‘sistema de senhas’ (*marker system*) para conceder uma senha para proteger a posição de um candidato para o Acordo de Leniência por um período de não mais de 30 dias. Com isso, o candidato pode obter as informações e provas necessárias sobre a conduta denunciada. Ressalta-se, que apenas o primeiro delator teria assegurado os benefícios da leniência.²⁵

As informações que seriam entregues à SDE pelo participante deveriam estar “seu nome e endereço, os copartícipes do cartel (‘quem’), os bens e locais afetados (‘o quê’ e ‘onde’) e, se possível, a duração do cartel (‘quando’)”.²⁶ Se a empresa não fosse capaz de demonstrar ou cumprir os requisitos legais para o recebimento da imunidade, a proposta de Leniência seria rejeitada pela SDE.

Em decorrência dessa rejeição, todos os documentos fornecidos pela empresa devem ser retornados, sem que qualquer cópia seja efetuada pela Secretaria. À SDE é ainda vedada qualquer forma de divulgação a respeito do conteúdo dos documentos fornecidos. Garante-se confidencialidade total, portanto, a essas informações. Ainda, a proposta rejeitada não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.²⁷

²⁴ CADE. *Combate a Cartéis e Programa de Leniência* p. 21.

²⁵ ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (cord.); GIANINNI, Adriana Franco et al. *Comentários à nova lei* p.262.

²⁶ CADE. *Combate a Cartéis e Programa de Leniência...*p. 21.

²⁷ DRAGO, Bruno de Luca. *Acordos de leniência...* p. 55.

Ainda durante a vigência da Lei 8.884/94, a SDE implementou a Leniência “Plus”, a qual era passível de aplicação àqueles que propusessem um Acordo de Leniência, “mas que não estivesse qualificado para o mesmo, seja por não ser o primeiro ‘leniente’ ou por ser considerado o líder do cartel”²⁸. Assim, o participante deveria denunciar um segundo cartel e preencher os demais requisitos do Programa de Leniência e, desta forma, receberia as vantagens previstas em lei neste segundo caso de cartel denunciado e ganharia redução da pena em um terço no primeiro caso de cartel.

Nas palavras da antiga SDE, o objetivo da Leniência *plus* é: “incentivar empresas e pessoas investigadas a levar em consideração a possibilidade de se habilitarem junto à SDE a um Acordo de Leniência com relação a todos seus mercados de atuação”²⁹.

As propostas de acordo eram submetidas à SDE na forma escrita ou oral³⁰, e independente da forma escolhida pelo beneficiário, sua confidencialidade era garantida durante todo o curso da investigação até o julgamento do caso pelo CADE. Importante aqui destacar, que na lei anterior, o Acordo de Leniência não dependia da aprovação do CADE, cabendo a ele apenas, quando do julgamento do processo administrativo, verificar se de fato o acordo havia sido respeitado – conforme dispunha o § 4º do art. 35-B da Lei 8.884/94.

²⁸ ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (cord.); GIANINNI, Adriana Franco et al. *Comentários à nova lei*p. 262.

²⁹ CADE. Combate a Cartéis e Programa de Leniência... p. 24.

³⁰ “O procedimento de submissão oral da proposta era: “ (a) a parte interessada contata o Chefe de Gabinete da SDE para marcar uma reunião. (b) Na reunião, a parte interessada apresenta um resumo da prática anticompetitiva, incluindo a qualificação do proponente e a identificação dos outros envolvidos na referida prática e uma descrição das provas que podem ser apresentadas para a SDE. (c) o Secretário de Direito Econômico ou seu Chefe de Gabinete prepara um breve termo com o conteúdo da reunião, a ser mantido pelo requerente. (d) Em cada reunião, até que o Acordo seja celebrado, um novo termo é elaborado e entregue ao requerente. Se a proposta for submetida por escrito: (a) A proposta deve ser submetida à SDE em um envelope lacrado e claramente identificado [...]. (b) A proposta receberá tratamento confidencial e somente o Secretário de Direito Econômico e seu Chefe de gabinete têm acesso. (c) A proposta deve conter um resumo da prática anticompetitiva, incluindo a qualificação completa do proponente e a indicação dos outros envolvidos na referida prática, e uma descrição das provas que podem ser apresentadas para a SDE.” CADE. *Combate a Cartéis e Programa de Leniência* .p.22.

2.3 NA ATUAL LEI DEFESA DA CONCORRÊNCIA – LEI 12.529/11³¹

A nova Lei do CADE (Lei nº 12.529/11) no que diz respeito ao Acordo de Leniência realizou um trabalho de sistematização, reunindo muito do que já existia em regulamentação esparsa e muito do que já era feito na prática.³² Na atual lei de defesa da concorrência, o Acordo de Leniência é tratado no capítulo VI, arts. 86 e 87:

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 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.

§ 2º Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1º deste artigo.

³¹ Para melhor compreensão da importância da “nova lei do CADE” para a defesa da concorrência, listam-se as principais modificações trazidas por esta lei citadas por Paula A. Forgioni: Reestruturação do SBDC; imposição de dever de apresentação prévia dos atos de concentração; aumento do poder da Administração Pública; modificação da forma de cálculo das multas por infração à ordem econômica; aumento dos recursos materiais à disposição do SBDC. Para mais detalhes consultar: FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do Antitruste*. p.124.

³² CORDOVIL, Leonor et al. *Nova lei ...* p. 190

§ 3o O acordo de leniência firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 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.

§ 5o Na hipótese do inciso II do § 4o deste artigo, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o inciso I do art. 37 desta Lei.

§ 6o Serão estendidos 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.

§ 7o A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio.

§ 8o Na hipótese do § 7o deste artigo, o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4o deste artigo em relação à nova infração denunciada.

§ 9o Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação.

§ 11. A aplicação do disposto neste artigo observará as normas a serem editadas pelo Tribunal.

§ 12. Em caso de descumprimento do acordo de leniência, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento.

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.

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

Houve alteração quanto à competência para a celebração do acordo - em decorrência das alterações na estrutura do CADE. O papel que antes era atribuído à SDE passa para a Superintendência-Geral. E como afirmou Leonor Cordovil nos comentários a esta lei, “os benefícios (redução da penalidade, possível imunidade) não sofreram modificações pela nova lei”.³³

Aquele que estiver interessado a participar do programa deve comunicar sua vontade à Superintendência-Geral que lhe informará informalmente sobre a possibilidade da concessão da imunidade. O sistema de senhas continua em vigor: sendo o interessado o primeiro a se candidatar ele receberá o *marker*, que nada mais é do que uma senha que comprova sua posição. Da entrega do *marker* as partes dispõem de um determinado tempo para negociar – em média seis meses, prorrogáveis.³⁴ Neste período serão coletadas todas as informações necessárias.

A grande novidade trazida pela Lei 12.529/11 ao Acordo de Leniência é a possibilidade daquele que tenha estado à frente da infração celebrar o acordo, como destacou Leonor Cordovil, com certa ressalva:

Sem dúvida, a possibilidade é um grande incentivo à leniência no Brasil, inaugurando-se a chance de qualquer interessado, sem restrição, assinar um acordo. Contudo, não pode ser negado o risco de uma empresa, de má-fé, liderar, provocar, instigar em conluio, delatá-lo

³³ CORDOVIL, Leonor et al. *Nova lei ...* p. 190

³⁴ CORDOVIL, Leonor et al. *Nova lei ...* p. 191.

às autoridades concorrenciais e se eximir de penalidade, com o claro intuito de prejudicar a imagem de seus concorrentes, e porque não, eliminá-los do mercado. Obviamente, devem as autoridades concorrenciais se preocupar em descartar essa possibilidade, no caso de o interessado ser o líder da infração.³⁵

Foi mantida igualmente a Leniência “Plus” no §7º do art. 86 da Lei 12.529/11, que dispõe que a empresa ou pessoa física, que não obtiver a habilitação para a celebração do acordo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral acordo de leniência que se relacione com outra infração desconhecida pelo CADE, desde que o processo principal não tenha sido remetido para julgamento.

Um tema polêmico é a extensão dos benefícios de leniência às pessoas físicas (dirigentes, administradores, empregados) tão somente na hipótese em que elas assinarem o acordo. “Em algumas jurisdições, a mera assinatura da pessoa jurídica já beneficia seus empregados, sendo isso um grande incentivo ao programa de leniência. No Brasil, a assinatura das pessoas físicas é importante, sobretudo para a garantia da imunidade penal. Dúvida frequente ocorre nos casos em que algumas pessoas físicas envolvidas se recusam a assinar o acordo. Nesse caso, pode ocorrer a curiosa situação em que a empresa delata seus próprios empregados (ela confessa, colabora, e por isso, envolve empregados não beneficiados). Isso pode ocorrer, por exemplo, em casos em que os empregados não residem no Brasil e não desejam confessar na jurisdição, com o intuito de evitar a responsabilização civil, com possíveis ações de indenização.”³⁶

Como já previsto, anteriormente, a proposta de acordo será totalmente sigilosa. Mais uma vez, a Lei dispõe no § 10º do art. 86 que “não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação”. É importante destacar que aquele que não cumpre o acordo fica impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de três anos, contados da data de seu julgamento.

Outra novidade trazida pela alteração na Lei 12.529/11 foi a inclusão no Programa de tipos penais de outras leis que não a Lei 8.137/90. O art. 87 da

³⁵ CORDOVIL, Leonor et al. *Nova lei ...* p. 191.

³⁶ CORDOVIL, Leonor et al. *Nova lei ...* p. 192.

nova lei do CADE incluiu expressamente os crimes previstos na Lei 8.666/93 e no art. 288 do Código Penal (antigo crime de *quadriilha* ou *bando* e hoje denominado *associação criminosa*)³⁷, tratando-os inclusive como exemplos de tipos penais que diretamente se relacionam com a prática do cartel.

Mais detalhes sobre o Acordo de Leniência hoje firmado pelo CADE serão abordados no capítulo seguinte.

³⁷ “Art. 288: Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente”. Código Penal.

3. O ACORDO DE LENIÊNCIA

3.1 SEU OBJETO: COMBATE AOS CARTÉIS

A prática anticoncorrencial conhecida como cartel há muito é taxada como ilícita no nosso sistema jurídico. Apenas para efeito de exemplificação, destaca-se que em 1938, por meio do Decreto-lei 869, já era proibido “promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio”. Essa vedação foi perpetuada ao longo do século passado por outras leis que mantinham basicamente a mesma estrutura de proibição – entre elas: Decreto-lei 7.666 de 1945, Lei 4.137 de 1962 e é claro que a Lei 8.884 de 1994 não fugiu deste padrão.

Atualmente, a Lei 12.529/11 tipificou os cartéis no art. 36, §3º, I, como sendo ilícito, portanto:

acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens e serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens e à prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou seguimentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública.

Apesar de no *caput* do art. 86 da Lei 12.529/11 não estar escrito expressamente que o Programa de Leniência ofertado pelo CADE se destina ao combate aos cartéis – limitando-se ao uso da expressão “*infração à ordem econômica*” – é inquestionável tanto pelo posicionamento do próprio CADE, quanto ao destaque dado pela doutrina a este tipo de acordo, que ele se destina basicamente a desconstituição de cartéis. Por ser um tipo de prática de elevado grau de dificuldade de descobrimento pelas autoridades e conseqüentemente de difícil condenação dos envolvidos, o Acordo de Leniência é essencial para a extinção desse tipo de prática anticompetitiva.

O CADE destaca, dentre o universo de condutas anticoncorrenciais, a formação de cartel como sendo a mais grave à concorrência. Em seu material de divulgação sobre o Acordo de Leniência, o CADE conceitua o cartel:

Cartel é um acordo entre concorrentes para, principalmente, fixação de preços ou quotas de produção, divisão de clientes e de mercados de atuação. Cartéis prejudicam seriamente os consumidores ao aumentar preços e restringir a oferta, tornando os bens e serviços mais caros ou indisponíveis.³⁸

Esse tipo de acordo horizontal, como ensina Paula A. Forgioni, surge num ambiente em que os empresários acreditam que a concorrência é prejudicial aos negócios; muitas são as dificuldades de lograr êxito no mundo empresarial, o que serviria de justificativa para os acordos entre os concorrentes, dessa forma eles se uniriam e impediriam possíveis perdas de lucro. É muito mais fácil, é claro, recorrer a este tipo de ilicitude a buscar se destacar no mercado por meio de maiores investimentos, aperfeiçoamento do produto e apresentando um preço final mais competitivo. Estes agentes passam a neutralizar seus concorrentes por meio da estipulação de determinadas avenças – que podem ser resumidamente denominadas cartéis.

Em 2002, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) divulgou um material exclusivo sobre os danos causados pelo cartel e suas punições efetivas.³⁹ Como destaque dos dados trazidos por este estudo, deve-se destacar que um cartel eleva o preço acima do preço competitivo e reduz o estímulo pela produção. A OCDE aborda inclusive a dificuldade que existe na quantificação dos prejuízos gerados pelos cartéis ao redor do mundo, já que as Agências Reguladoras geralmente se baseiam em estimativas dos valores envolvidos.

Apesar da falta de dados exatos, a OCDE conseguiu chegar a algumas conclusões:

A Comissão de Competição da OCDE efetuou uma sondagem sobre os casos de cartéis conduzidos pelos seus Membros entre 1996 e 2000,

³⁸ CADE. *Combate a Cartéis e Programa de Leniência*. p. 6.

³⁹ OCDE, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Cartéis, seus danos e punições efetivas*.

em uma tentativa de aprender mais sobre os prejuízos dos cartéis. Os países respondentes descreveram um total de 119 casos, mas em muitos destes não foi possível estabelecer os prejuízos. Ainda assim, o volume do comércio afetado pelos apenas 16 maiores casos relatados na sondagem da OCDE, excedeu a quantia de US\$ 55 bilhões em todo o mundo. Desta forma, fica claro que a magnitude dos prejuízos dos cartéis é de muitos bilhões de dólares anualmente.⁴⁰

Os números levantados pela OCDE são alarmantes. Se mesmo sem o acesso a todos os cartéis, a todos os prejuízos por estes causados, e estarem em muito desatualizados, os prejuízos durante o período acima analisado já ultrapassavam os US\$ 55 bilhões podemos imaginar a quantidade de valores que circulam em torno da prática desse tipo de ilícito.

A preocupação pelo combate aos cartéis é global, e aqui no Brasil não poderia ser diferente. A aplicação de sanções passa a ser essencial para a diminuição da prática dos cartéis. Aquele que se arrisca a cometer esse tipo de atividade anticompetitiva deve estar ciente que corre o risco de ser descoberto e severamente punido. Como tratado no primeiro capítulo desse trabalho, o Programa de Leniência dos Estados Unidos, por exemplo, deve grande parte do seu sucesso à clara proposta de dissuasão efetiva a formação de cartéis.

A OCDE aposta nesta tática de desestímulo à prática de cartéis, sendo que uma dissuasão eficaz deve retirar a expectativa de ganho da atividade do cartel. Da certeza da condenação surgirá a dúvida do sucesso do conluio.

Além de ser uma prática que pode ser punida pelo CADE é sempre relevante atentar ao fato de que cartel é crime, punível com multa ou prisão de dois a cinco anos em regime de reclusão. Segundo a Lei de Crimes contra a Ordem Econômica - Lei 8.137/90 – essa sanção pode inclusive ser majorada de um terço até a metade se o crime causar grave dano à coletividade, for cometido por um servidor público ou se relacionar a bens ou serviços essenciais para vida ou para a saúde. É claro que esta parte de penalização criminal não caberá ao CADE caso o cartel seja descoberto e não houver sido firmado Acordo de Leniência; nesta área o responsável pela aplicação da sanção será o Ministério Público.

⁴⁰ OCDE, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Cartéis, seus danos e punições efetivas*. p. 3.

São evidentes as dificuldades para investigação e comprovação de cartéis, entretanto, se for revelada esta conduta, seus participantes serão penalizados em três esferas: administrativa, criminal e cível.

De acordo com as sanções previstas na legislação anterior, a empresa ou grupo poderiam ser condenados ao pagamento de multas calculadas entre 1 a 30% do faturamento bruto no ano anterior, sendo que o administrador da empresa poderia ser igualmente condenado ao pagamento de multa de 10 a 50% daquela aplicável à empresa.⁴¹

Pela lei atual, os critérios de estipulação das multas sofreram alterações, a empresa ou o grupo de empresas serão condenados ao pagamento de multa no valor de 0,1 a 20% do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, sendo que o valor da multa nunca poderá ser menor do que a vantagem auferida – nos casos em que esta estimativa for possível. A reincidência implica em pagamento em dobro da multa, previsto no art. 37, §1º. Quando dentre os envolvidos estiver alguma pessoa física, jurídica ou até mesmo uma entidade da qual não se possa levantar dados sobre o faturamento, será aplicado o inciso II do art. 37, no qual se estima a multa entre os valores de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais). Os administradores das empresas envolvidas também poderão ser penalizados, por dolo ou por culpa, com multas que giram em torno de 10 a 20% da sanção aplicada a empresa.⁴²

Relevante enunciar que o infrator não será apenas condenado ao pagamento de multas elevadas, ficará proibido de contratar com instituições financeiras oficiais e de participar de licitações por no mínimo cinco anos. Além dos prejuízos financeiros, o envolvido sofre o risco de ver seu nome veiculado em jornal de grande circulação, tornando pública sua prática ilícita e sua correspondente condenação, o que seria de enorme prejuízo a sua moral e credibilidade.

Estas duras sanções, além da finalidade de condenar os praticantes das atividades anticoncorrenciais previstas em lei, possuem a função de desestimular aqueles que cogitam formar um cartel e, além disso, incentivar os

⁴¹ Lei 8.884/94, Capítulo III, “Das penas”, art. 23 e seguintes.

⁴² Lei 12.529/11, Capítulo III, “Das penas”, art. 37 e seguintes.

que já estão desenvolvendo estas práticas que cessem suas condutas e procurem o mais rápido possível o CADE para a assinatura de um Acordo de Leniência.

3.2 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO ACORDO DE LENIÊNCIA

A complexidade do mundo moderno e o aumento das demandas sociais acarretaram uma maior participação do Estado na economia – assunto já brevemente abordado na introdução desse trabalho. Além da intervenção realizada pelo Estado⁴³, a Administração Pública passa a dialogar mais e de forma mais próxima da sociedade, o que implica dizer que o relacionamento entre o público e o privado vem se estreitando cada vez mais.

O acordo de leniência é uma dessas formas de diálogo entre a Administração Pública e o agente econômico que busca o CADE para negociar e resolver um possível conflito futuro.

Esse acordo por ocorrer dentro do âmbito da Administração Pública deverá respeitar determinados princípios. Como inexistente na lei de defesa da concorrência previsão expressa dos princípios que regem o acordo de leniência, somada a escassez de abordagem do tema pela doutrina, serão aqui analisados os princípios constitucionais e aqueles previstos pela Lei 9.784/99 - regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal - que são passíveis de serem analogamente aqui aplicados.

3.2.1 O princípio da legalidade

Este princípio está expressamente previsto no art. 37 da CF, sendo ele o garantidor da atuação da Administração Pública nos moldes da lei. A Administração Pública poderá apenas agir na forma e nos limites da lei e para alcançar um resultado específico. A incidência desse princípio no processo administrativo é destacada pelas palavras de Egon Bockmann Moreira:

⁴³ No entender de Eros Grau, três são as intervenções estatais na economia, por absorção ou participação, intervenção por direção e intervenção por indução. “No primeiro caso, o Estado intervém no domínio econômico, isto é no campo da *atividade econômica em sentido estrito*. Desenvolve ação, então, como agente (sujeito) econômico. Intervirá, então, por *absorção* ou *participação*. [...] No segundo e no terceiro casos, o Estado intervirá *sobre* o domínio econômico, isto, sobre o campo da *atividade econômica em sentido estrito*. Desenvolve ação, então, como regulador dessa atividade.” GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. p 156.

O princípio da legalidade significa que a Administração está orientada a cumprir, com exatidão e excelência, os preceitos normativos de direito positivo. A norma legal outorga competência específica ao agente público e define os parâmetros de sua conduta.⁴⁴

O acordo de leniência firmado entre o CADE e o agente econômico deverá, portanto, enquadrar-se nos moldes previstos em lei, não podendo haver diferentes aplicações de seus requisitos e formalidades. Ao cumprir o que está previsto na lei a Administração Pública garante os direitos dos particulares e efetiva um tratamento isonômico entre os participantes do acordo.

3.2.2 Princípios da proporcionalidade e razoabilidade

Destaca Marçal Justen Filho que a proporcionalidade, no Brasil, não está prevista na Constituição.⁴⁵ Independentemente deste fato, a proporcionalidade deverá ser respeitada pela Administração Pública já que está prevista, juntamente com o princípio da razoabilidade, no *caput* do art. 2º da lei 9.784/99.

Esse princípio exige da Administração uma análise do caso concreto, sendo que a solução do conflito nunca poderá ser pautada em uma leitura abstrata do texto legal. Dessa forma, o agente público optará pela alternativa mais satisfatória, atingindo seu objetivo da melhor forma possível.⁴⁶

⁴⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. p. 88.

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. p. 133.

⁴⁶ O princípio da proporcionalidade pode ser melhor compreendido nas palavras de Marçal Justen Filho: “ Ou seja, a proporcionalidade se avalia por meio da comparação entre duas ou mais alternativas de atuação, consideradas por três ângulos. O primeiro aspecto é o da adequação ou compatibilidade com o fim: deve-se escolher solução que seja adequada à realização de certo fim. Essa exigência envolve um juízo de causalidade, aplicado em ordem inversa. Identifica-se o fim a atingir e se avalia se as providências cogitadas são aptas a produzi-lo. Todas as medidas que não estejam em condição de produzir o fim buscado deverão ser eliminadas. [...] Em segundo lugar, deverão ser selecionadas as providências teoricamente disponíveis para realizar o fim visado. Isso acarreta a necessidade de recorrer ao conhecimento técnico-científico, tendo em vista a natureza da atividade considerada.[...] Selecionada a decisão, porque conveniente e menos danosa, ainda assim cabe uma terceira avaliação. Deve-se investigar a compatibilidade entre a providência e a ordem jurídica. Não basta constatar que a solução é apta a produzir certo resultado pretendido e que é menos onerosa possível. Apesar disso, será invalidada a providência quando se verificar sua incompatibilidade com valores tutelados pelo ordenamento jurídico.” JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...* p. 134.

Somado a isso, deverá ser observada a razoabilidade dos atos da Administração a fim de garantir sua legalidade. A doutrina caracteriza o princípio da razoabilidade como sendo o princípio do bom senso, “destinado a combater a ilegalidade ou a legalidade apenas aparente, ensejadora de desvios e abusos de poder.”⁴⁷ Ou seja, ao adotar uma medida baseada na razoabilidade evita-se que a Administração cometa restrições desnecessárias que ataquem os direitos fundamentais.

A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se posiciona neste mesmo sentido:

No caso, em harmonia com a jurisprudência do STJ, o acórdão recorrido entendeu indevida a desvinculação do procedimento administrativo ao Princípio da Razoabilidade, portanto considerou o ato passível ao crivo do Poder Judiciário, verbis: "a discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade, devendo, assim, todo ato administrativo, mesmo que discricionário, ser devidamente motivado, conforme os preceitos da Teoria dos Motivos Determinantes, obedecendo ao Princípio da Razoabilidade".⁴⁸

Conclui-se dessa forma que, não observados esses dois princípios, os atos da Administração ficam sujeitos a uma revisão pelo Poder Judiciário.

3.2.3 Princípio da moralidade

Previsto na CF como princípio fundamental, no *caput* do art. 37, o princípio da moralidade se caracteriza por seu conceito aberto, dada a dificuldade de definir o que é moral ou não. Apesar da inexistência de uma exata conduta moral a ser seguida, o princípio da moralidade deve ser respeitado pela Administração, sendo um direito do cidadão ver cumprido este princípio. Na realidade, existe igualmente o dever de moralidade por parte do particular que se relaciona com a Administração, obrigando-o a sempre exercer um comportamento leal e honesto.

Durante a assinatura do acordo entre o praticante da conduta anticompetitiva e o CADE deverá ser mantida a moralidade entre as partes,

⁴⁷ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. p. 78.

⁴⁸ AgRg no REsp 670.453/RJ, Rel. Ministro Celso Limongi, DJe 08/03/2010.

não podendo a Agência destrar o agente privado, muito menos este agir com desonestidade na hora de prestar as informações necessárias.

3.2.4 Princípio da eficiência

O princípio da eficiência é de extrema importância no âmbito da Administração Pública, pois além de estar previsto na Lei 9784/99 ele já havia sido incluído no nosso ordenamento jurídico por Emenda Constitucional em 1998. Pretendeu-se com a inclusão do princípio da eficiência na Constituição substituir o “antigo modelo burocrático, caracterizado pelo controle rigoroso dos procedimentos, pelo novo modelo gerencial, no qual são abrandados os controles de procedimento e incrementados os controles de resultados”.⁴⁹ Assim sendo, não basta mais o simples cumprimento da lei pelo Administrador, ele agora deverá demonstrar que a decisão por ele tomada é a que produz melhor resultado.

Importante destacar que aqui não se tratam apenas de resultados monetários ou temporais, o princípio da eficiência implica em atitudes da Administração Pública que atendam o interesse público num geral, beneficiando sempre ao máximo o cidadão.

O CADE pode atender essa demanda por eficiência ao divulgar o programa de leniência, permitindo que mais pessoas tomem conhecimento da existência do acordo e procurem a Agência, desconstruindo assim um maior número de cartéis; ao assinar os acordos não ultrapassar um limite de tempo razoável a fim de evitar o desperdício de verbas; estreitar relação com o Ministério Público para evitar qualquer discussão futura que possa comprometer o Programa de Leniência.

3.2.5 Princípio da busca pela verdade material

O princípio da verdade material destaca a importância de num processo administrativo ser revelada a verdade dos fatos e não apenas o que foi apresentado pelas partes. Nesse sentido:

⁴⁹ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo...* p. 99.

A autoridade administrativa competente para decidir não fica na dependência da iniciativa da parte ou das partes interessadas, nem fica obrigada a restringir seu exame ao que foi alegado, trazido ou provado pelas partes, podendo e devendo buscar todos os elementos que possam influir no seu convencimento.⁵⁰

O acordo de leniência se torna o exemplo perfeito da efetivação do princípio da verdade material quando levamos em conta a dificuldade de identificação e condenação dos agentes praticantes de cartéis. A importância desse acordo para a observância do princípio da verdade material foi da mesma forma destaca em recente trabalho sobre o tema:

No âmbito do processo administrativo antitruste, a busca pela verdade material exerce papel singular, pois, apenas com a realidade dos fatos pode-se compreender a gravidade da situação e seus resultados, tomando-se, a partir daí, as providências cabíveis. O acordo de leniência é um dos principais meios para que toda verdade real seja alcançada, vez que proporciona a um envolvido na conduta desleal vantagens se expuser os fatos como ocorreram e prová-los.⁵¹

3.2.6 Princípio da Consensualidade

Cabe ainda destacar a importância do princípio da consensualidade no acordo de leniência⁵². A origem desse princípio ocorre num contexto em que o Estado perde sua soberania absoluta e passa a estabelecer uma nova dinâmica entre o que é público e o que é privado. A complexidade da sociedade passa a exigir, portanto, um maior diálogo entre a Administração Pública e o agente econômico privado. Consolidada-se assim a consensualidade, que “aparece como um modo de encontrar esta maior eficiência para a administração dos conflitos da pós-modernidade”.⁵³ A antiga imperatividade do Estado é substituída pela consensualidade sempre que possível. Dessa forma,

⁵⁰ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo....* p. 109.

⁵¹ MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; MAIOLI, Patrícia Lopes; ABATI, Leandro de Paula Assunção. *O acordo de leniência* p. 160.

⁵² “O acordo de leniência é um dos principais institutos jurídicos consensuais para a proteção à concorrência por constituir-se em uma forma de auxílio mútuo entre a Administração e particulares. A importância desse é gigante, razão pela qual o seu estudo, no âmbito do princípio da consensualidade, se faz necessário.” MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; MAIOLI, Patrícia Lopes; ABATI, Leandro de Paula Assunção. *O acordo de leniência* p.154.

⁵³ MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; MAIOLI, Patrícia Lopes; ABATI, Leandro de Paula Assunção. *O acordo* p. 157.

a Administração passa a buscar em conjunto com a sociedade melhores formas de resolver questões que surgem ao longo do tempo.

É necessário ao final deste tópico, sobre os princípios que regem o acordo de leniência, destacar que os princípios acima citados não são os únicos que incidem sobre o acordo, eles apenas foram julgados como sendo os mais relevantes para sua compreensão.

3.3 OS REQUISITOS PARA FIRMAR O ACORDO

Após a análise da base legal do Acordo de Leniência e dos princípios norteadores, serão enumerados os requisitos para sua efetivação segundo a Lei 12.529/11. Para a celebração do acordo, faz-se necessário:

- (i) que a empresa proponente seja a primeira a se qualificar com respeito à conduta delatada ou investigada; (ii) que a empresa cesse completamente o seu envolvimento na infração noticiada ou investigada a partir da propositura do acordo; (iii) que Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo de leniência; (iv) que a empresa confesse sua participação na prática anticoncorrencial e coopere com as investigações e o processo administrativo, até o seu encerramento.⁵⁴

No que diz respeito à participação de pessoas físicas no programa, os requisitos são, em sua grande maioria, os mesmos que devem ser cumpridos – inclusive a confissão. A Lei 12.529/11 trouxe uma única diferença entre os requisitos exigidos da pessoa jurídica e da pessoa física. Pensando em incentivar a participação dos agentes envolvidos no ilícito e de funcionários das empresas envolvidas, foi excluída a obrigatoriedade de ser o primeiro a se candidatar ao Programa de Leniência (§ 2º do art. 86). A doutrina apresenta vários motivos que corroboram esse tratamento diferenciado com as pessoas físicas, entre eles:

⁵⁴ ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (cord.); GIANINNI, Adriana Franco et al. *Comentários à nova lei ...* p. 260.

Essa alteração tem razão de ser, pois há muitas situações nas quais a adesão de uma pessoa física ao acordo de leniência é mais demorada ou mais complexa do que a da pessoa jurídica. Há agentes que, embora envolvidos na prática supostamente delituosa, não confessam a seus superiores quando internamente indagados, com medo de demissão ou outras consequências profissionais negativas. Com isso, acabam não sendo chamados pela empresa para assinar, em conjunto, o acordo de leniência.⁵⁵

Além disso, geralmente os funcionários apenas ficam sabendo que a empresa está firmando o acordo em momento posterior, o que implica dizer, que se não houvesse essa previsão que exclui o requisito de “ser o primeiro a se candidatar” muitos seriam injustamente tolhidos.

Após o cumprimento dos requisitos e a assinatura do acordo, ele passa por uma última verificação. Quando ocorrer o julgamento, o Tribunal examinará se o acordo foi de fato cumprido. Após a confirmação, o Tribunal poderá:

(i) decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, quando a Superintendência-Geral desconhecia a conduta delatada; ou (ii) redução de um a dois terços das penas aplicáveis, considerando-se a colaboração prestada e a boa-fé do delator no cumprimento do acordo.⁵⁶

O atual Regimento Interno do CADE dedica seu art. 198 para disciplinar o acordo de leniência. Na prática, o Regimento Interno apenas repete os requisitos já listados pela Lei 12.52/11.

É fácil perceber que os requisitos trazidos pela “nova lei do CADE” são muito similares àqueles determinados pela legislação anterior. Mais uma vez destaca-se que a maior inovação no que tange aos requisitos para a participação no programa diz respeito à possibilidade daquele que é o líder da prática do cartel assinar o acordo.

Assim sendo, a lei brasileira se aproximou das regras ditadas em outros países, sendo sempre a legislação americana a nossa maior referência. É igualmente notável que a lei antitruste dos Estados Unidos ainda é mais

⁵⁵ ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (cord.); GIANINNI, Adriana Franco et al. *Comentários à nova lei ...* p. 266.

⁵⁶ ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (cord.); GIANINNI, Adriana Franco et al. *Comentários à nova lei ...* p. 266.

permissiva e incentivadora que a nossa (sem aqui entrar no mérito se essa é a melhor saída), mas fato é que, mesmo a passos mais lentos, o Brasil passa a construir um Programa de Leniência mais moderno e mais facilmente compreensível aos olhos do mundo empresarial.

4. CADE E A LENIÊNCIA

4.1 O PROGRAMA E A DIVULGAÇÃO FEITA PELO CADE

Como já abordado ao longo do presente trabalho, o acordo de leniência se tornou, desde a sua inclusão na legislação antitruste brasileira, uma ferramenta essencial no combate aos cartéis.

Os benefícios advindos da assinatura do acordo são relevantes para os dois lados: o CADE economiza tempo e recursos em investigações, podendo inclusive obter informações sobre conluios sequer imaginados pela autoridade de defesa da concorrência; para o praticante da conduta anticompetitiva o acordo é igualmente vantajoso, já que garante imunidade administrativa total ou parcial (dependendo do grau de conhecimento da autoridade sobre a atividade), e, se forem cumpridos todos os requisitos determinados pelo acordo, poderá ser concedida inclusive imunidade criminal.⁵⁷

Por caracterizar-se como expressão do cumprimento do princípio da eficiência, o Programa de Leniência do CADE vem sendo cada vez mais divulgado. A divulgação do acordo, bem como suas características principais - quem pode participar, quais são os requisitos, quais os benefícios - são vitais para o sucesso do programa.

No site do CADE essas informações são facilmente encontradas. Além do rápido acesso, a Agência igualmente disponibiliza a legislação que rege o acordo. Como forma de aumentar o acesso às informações relevantes sobre o combate aos cartéis e outros fatos pertinentes, o CADE, em parceria com a antiga SDE e o Ministério de Justiça publicou uma série de cartilhas informativas, dentre elas: “Combate a cartéis em licitações”, “Combate a cartéis na revenda de combustíveis”, e “Combate a cartéis e programa de leniência”. Todas essas cartilhas, e outras mais, encontram-se no site do Ministério da Justiça, estando, inclusive, disponíveis para download.⁵⁸

Além dos esforços para garantir que as informações necessárias para o conhecimento do programa cheguem até os cidadãos, o CADE, desde a entrada em vigor da nova lei de defesa da concorrência em maio de 2012, vem trabalhando para efetivar as mudanças trazidas pela nova estrutura do CADE.

⁵⁷ Para maiores informações consultar o Programa de Leniência do CADE.

⁵⁸ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Defesa da concorrência, publicações...

A Autarquia passou por reformas físicas e institucionais a fim de aumentar a excelência dos trabalhos por ela realizados.

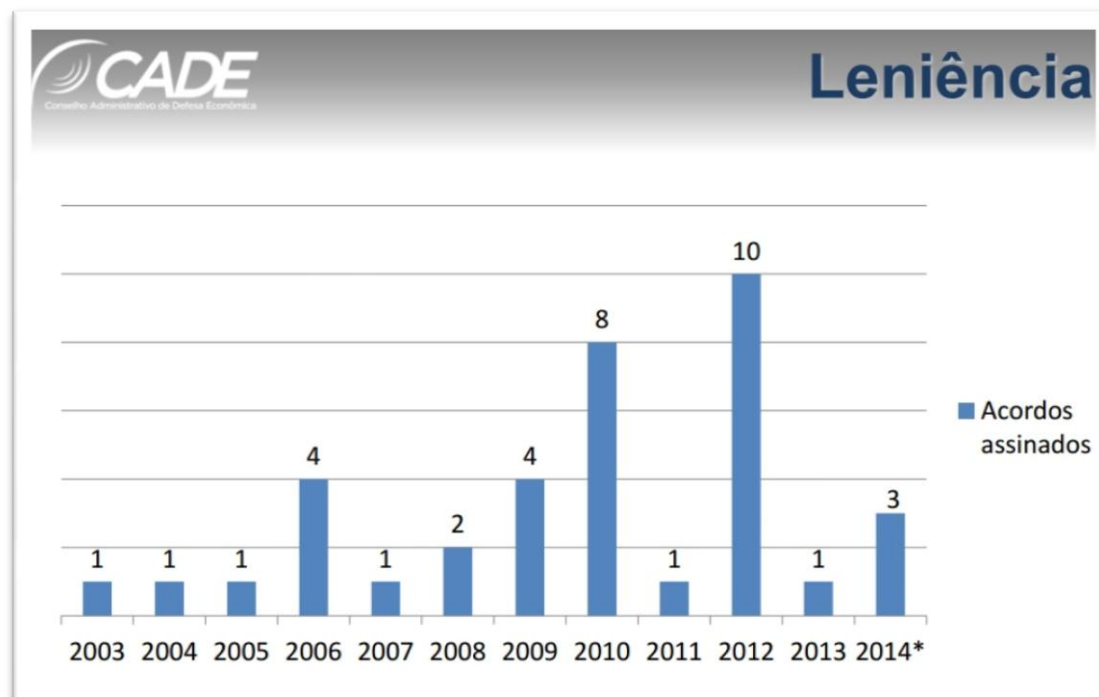
É preciso destacar aqui que todo esse empenho para conquistar reconhecimento é essencial para o aumento do número de acordos de leniência firmados; e a razão disso é muito lógica, os agentes de condutas anticompetitivas apenas buscarão contato com o CADE para participar do programa se confiarem no alto grau de transparência e na credibilidade da Agência, é uma questão portanto, de passar maior grau de segurança para o agente econômico.⁵⁹

Relevante aqui citar que o CADE recentemente conquistou o lugar entre as oito melhores agências antitruste do mundo no 14º ranking anual das autoridades de defesa da concorrência. Este resultado foi divulgado em junho de 2014. A responsável pela elaboração do ranking é a revista britânica *Global Competition Review*. Na avaliação foi analisado o desempenho de 37 autoridades antitruste quanto à proteção de condutas anticompetitivas prejudiciais à economia.⁶⁰

O programa de leniência do CADE vem mostrando sua eficiência. Apesar de como foi destacado no ponto 2.2 desse trabalho, o primeiro acordo de leniência firmado pelo CADE ter ocorrido três anos após o início do programa, hoje as perspectivas são mais animadoras. Desde o primeiro acordo firmado, outros trinta e seis foram celebrados até maio de 2014. O gráfico abaixo, divulgado pelo CADE, demonstra a evolução da eficiência do programa.

⁵⁹ A necessidade de credibilidade e transparência por parte do CADE na assinatura do acordo são destacadas nas palavras de Ibrahim Acácio Espírito Sobral: “Faz-se mister a necessidade e transparência e credibilidade dos órgãos de defesa da concorrência na condução das negociações com o candidato a leniência. Considerando que a agência normalmente não saberá da existência da prática anticoncorrencial, o processo de assinatura de um acordo de leniência geralmente começará pela aproximação do particular.” SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. *O acordo de leniência: avanço ou precipitação?* p.14.

⁶⁰ CADE. *CADE se mantém entre as oito melhores agências antitruste do mundo*.



61

Resta importante destacar que o acordo de leniência não se resume a uma relação entre o agente econômico que firma o acordo e a Agência Reguladora, deve-se lembrar que um dos requisitos a ser cumprido por aquele que praticou o cartel é de fornecer informações que sejam capazes de localizar e penalizar os outros participantes. Dessa forma, muitas sanções foram aplicadas graças à assinatura do acordo de leniência, fato este que deu início a muitas outras investigações.

Os valores arrecadados pelo CADE já são de grande relevância. É claro que se comparado com os números citados no ponto 2.1 referente a arrecadação nos Estados Unidos, por exemplo, pode parecer pouco. Entretanto, devemos atentar ao fato de que o programa estadunidense – o primeiro programa de leniência do mundo – foi iniciado em 1978, enquanto que o brasileiro foi inaugurado em 2000. Além do critério temporal, é igualmente válido destacar que o Brasil, diferentemente dos Estados Unidos, tem uma cultura de legislação antitruste mais recente, o que torna compreensível o desconhecimento por parte da população sobre a existência de uma Agência

⁶¹ Acordos de leniência firmados pelo CADE. In. *Balanço do biênio da Lei 12.529/11 e perspectivas da defesa da concorrência no Brasil*.

Reguladora especializada na proteção da concorrência e mais raro ainda, o conhecimento sobre o programa de leniência.

No gráfico abaixo, igualmente divulgado pelo CADE, é possível quantificar a grandeza dos valores arrecadados por sanções impostas pela Agência, destaque-se que estes são dados gerais.



62

Apesar do aumento no número de acordos de leniência e do aumento de valores arrecadados com a imposição de sanções às práticas anticoncorrentes, é visível que ainda existe muito trabalho a ser feito. Como já apontado acima, não seria justo exigir do Brasil números tão elevados quanto os alcançados pelos Estados Unidos, mas a enorme diferença de arrecadação demonstra que o Brasil tem um longo caminho a percorrer no quesito investigação e punição de condutas anticompetitivas. E para que o trabalho do CADE seja facilitado pelos acordos de leniência é vital que o programa continue sendo intensamente divulgado.

Quanto ao julgamento de práticas de cartel, o ano de 2014 deverá ser particularmente importante para o CADE. A Agência prevê que neste ano serão

⁶² Arrecadação feita pelo CADE. In. *Balanço do biênio da Lei 12.529/11 e perspectivas da defesa da concorrência no Brasil*.

analisados sessenta casos, no ano passado foram trinta e oito. O aumento do número de julgamentos e, portanto, possíveis condenações implicarão num relevante acréscimo dos valores arrecadados.⁶³

Entretanto, a Agência Reguladora não pode apenas se preocupar com o número final de acordos firmados, a qualidade dos acordos deve ser um de seus objetivos. A proposta feita pelo suposto agente de conduta anticompetitiva deve ser analisada com parcimônia, já que as provas oferecidas devem ser capazes de desarticular o conluio por inteiro.

No próximo ponto serão trabalhados alguns exemplos de acordos de leniência firmados pelo CADE.

4.2 BREVE EXEMPLIFICAÇÃO DOS ACORDOS FIRMADOS

Obter informações sobre os acordos de leniência firmados pelo CADE é uma tarefa complexa, já que os termos dos acordos são, em regra, sigilosos. O acordo de leniência que ganhou maior destaque, tanto na divulgação pelo próprio CADE, quanto na doutrina é sem dúvida alguma o primeiro acordo de leniência firmado no Brasil. Esse acordo já foi brevemente citado no início do trabalho, mas dada a sua importância histórica ele será novamente abordado.

O primeiro acordo de leniência firmado data de 2003, tendo sido proposto por um dos membros praticantes de cartel no ramo das empresas de vigilância do Rio Grande do Sul. Este cartel era tinha como objetivo fraudar licitações públicas principalmente as organizadas pela Superintendência Regional da Receita Federal do Rio Grande do Sul e pela Secretaria Municipal de Porto Alegre. O delator informou as atividades realizadas pelo cartel e comprometeu-se a cooperar com as autoridades a fim de obter imunidade total das multas administrativas e das sanções criminais. Como cooperação do delator podemos destacar a apresentação de provas diretas das fraudes às licitações, incluindo testemunhos de empregados e documentos trocados entre os participantes da conduta anticoncorrencial.

A partir das informações cedidas, foram realizadas operações de busca e apreensão em quatro empresas e duas associações envolvidas nas fraudes.

⁶³ BASILE, Juliano. Cade vai julgar mais cartéis em 2014 e se destaca em ranking mundial. *Valor Econômico*.

As provas obtidas confirmaram a denúncia de que as empresas marcavam reuniões para combinar as propostas que seriam apresentadas.

O Ministério Público cooperou de forma intensa ao decorrer das investigações, e como resultado, vários inquéritos criminais foram instaurados contra as pessoas físicas envolvidas, exceto o beneficiário do acordo de leniência.

A condenação pelo CADE veio em 2007, quando foram impostas aos dezesseis participantes multas que variavam de 15 a 20% do faturamento bruto do ano anterior à denúncia. Monetariamente falando, as multas foram superiores a R\$ 40 milhões. Destaca-se que os Administradores das empresas e associações envolvidas foram igualmente multados e condenados. Ao beneficiário, por ter cumprido com todas as condições determinadas no acordo, não foi lhe imposto sanções na esfera administrativo, muito menos no âmbito criminal.⁶⁴

Os casos de acordo de leniência mais recentemente firmados têm dificilmente suas informações divulgadas. Nem a consulta no site do próprio CADE permite acesso a maiores detalhes – mais uma vez aqui se observa a questão do sigilo.

Entretanto, o CADE tem divulgado casos importantes de assinatura de Termo de Cessação de Conduta – mais conhecido como TCC– decorrentes de investigações iniciadas com informações avindas de acordos de leniência. O nome do beneficiário do acordo de leniência é preservado, sendo apenas citada a existência de um acordo com um dos participantes e que, após as investigações, o CADE estaria firmando TCC com os outros envolvidos.⁶⁵

No início de outubro deste ano, foi reportado pelo CADE a assinatura de um em decorrência de informações apuradas por meio de colaboração de signatário de acordo de leniência. Neste cartel estão envolvidas 11 empresas,

⁶⁴ CADE. *Combate a Cartéis e Programa de Leniência* (2009). 3. ed. p.19.

⁶⁵ É preciso destacar que o acordo de leniência e o TCC são institutos diferentes: “Disso não decorre, todavia, a possibilidade de equiparação dos institutos. O acordo de leniência possui uma amplitude e grau de sofisticação maiores que o compromisso de cessação. O acordo de leniência é mais abrangente, já que exige que o delator ofereça provas da conduta ilícita de outros agentes econômicos, o que não se verifica no compromisso de cessação, no qual o infrator simplesmente compromete-se a cessar sua prática infrativa, não se exigindo dele qualquer comprovação de práticas de terceiros. O compromisso de cessação por si só não dispõe de elementos suficientes para a descoberta e dismantelamento de cartéis. Aliás, o compromisso de cessação pode dizer respeito a qualquer infração à ordem econômica, ao passo que o acordo de leniência visa especificadamente combater cartéis.” SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. *O acordo de leniência: avanço ou precipitação?* p.141.

além de pessoas físicas. O objeto da investigação é o cartel internacional de mangueiras marítimas (elas são utilizadas para transportar petróleo e derivados até o interior dos navios petroleiros ou instalações na costa ou em alto mar). O CADE chama atenção para o fato de que este TCC é o sétimo firmado no âmbito desse processo administrativo (PA 08012.010932/2007-18). A averiguação dos fatos teve início em 2007, justamente com a assinatura do acordo de leniência. Diante da presença de empresas de outros países, participaram além do Brasil, os Estados Unidos, o Japão, o Reino Unido e a União Europeia.⁶⁶

Outro caso semelhante ao acima exposto e igualmente recente foi o acordo firmado pelo CADE em suposto cartel internacional de cabos submarinos e subterrâneos. Neste caso, no mesmo molde do anterior, foi assinado em outubro de 2014, TCC por meio de nova política de negociação para a apuração de cartéis. Por meio desse acordo a parte signatária se comprometeu a cessar a prática investigada e pagar quantia determinada pelo CADE, a título de contribuição pecuniária. Estima-se que o cartel investigado operou entre o final da década de 1970 até o ano de 2008. O caso passou a ser investigado depois que um de seus participantes, em 2010, assinou acordo de leniência com o CADE.⁶⁷

Além das breves notícias que são fornecidas pelo site do CADE, nas quais as informações são de certa – e correta – forma escassas para o levantamento de dados sobre o tema, podemos sempre recorrer para as notícias veiculadas pela imprensa comum.

Não é raro estampar nas páginas dos jornais, ou nas telas dos computadores, notícias sobre acordos firmados pelo CADE e agentes praticantes de cartel. Ocorre que estas notícias, assim como aquelas veiculadas pelo CADE, padecem de falta de informações. Note-se que em ambos os casos de TCC assinados pela CADE, graças a investigações iniciadas por informações levantadas por meio de acordos de leniência, não foi revelado sequer o nome da empresa signatária. Ou seja: a ausência de dados apenas comprova que o CADE resguarda detalhes de suas investigações a fim de não prejudicar os resultados esperados.

⁶⁶ CADE. *CADE aprova novo acordo em suposto cartel internacional de mangueiras marítimas.*

⁶⁷ CADE. *CADE firma novo acordo em suposto cartel internacional de cabos submarinos e subterrâneos.*

As notícias abordadas neste ponto do trabalho servem para demonstrar a importância, mesmo que indireta, que os acordos de leniência possuem neste universo de combate aos cartéis. Os TCC firmados nos casos acima são reflexo da cooperação bem sucedida entre o CADE e o signatário do acordo. Por meio das informações apresentadas pelo beneficiário do programa é que foi possível chegar aos nomes dos outros envolvidos e assinar um acordo que os obriga a cessar as condutas anticompetitivas sob pena de sofrer mais duras sanções.

4.3 CRÍTICAS AO PROGRAMA:

Um ponto de extrema relevância no estudo do acordo de leniência é o levantamento e posterior análise das críticas cabíveis. É verdade que o programa implantado pelo CADE, em 2000, já passou por reestruturações chegando ao formato de hoje: mais transparente, acessível, confiável e eficiente. Contudo, existem questionamentos importantes sobre o tema e que devem ser aqui enfrentados.

Para fins didáticos as críticas – e possíveis sugestões – serão abordadas na seguinte ordem: (i) questão da redução dos valores das multas aplicadas; (ii) a ausência de concessão de imunidade civil para os participantes do programa de leniência brasileiro; (iii) papel no Ministério Público e as possíveis consequências penais enfrentadas pelo beneficiário do acordo.

4.3.1 A redução dos valores das multas aplicadas

Ao comparar os parâmetros para a fixação de multa da Lei 8.884/94 e a atual lei de defesa da concorrência, a Lei 12.529/11, percebe-se que houve modificações quanto ao limite mínimo e máximo do valor da sanção. Os percentuais previstos na legislação antiga e nova lei do CADE já foram trabalhadas em ponto anterior deste trabalho, mas diante da relevância dessas modificações, elas serão aqui avaliadas de forma mais crítica.

Como já citado, a Lei 8.884/94 previa que os limites de aplicação de multa deveriam variar entre 1 e 30% sobre o faturamento bruto do último exercício da empresa a ser sancionada – nunca podendo ser este valor menor do que a vantagem adquirida pelo agente econômico. Na legislação hoje

vigente, essa margem foi reduzida, conforme estabelece o art. 37,I, para 0,1 a 20%, sendo que atualmente, a multa será calculada sobre o valor de faturamento bruto da empresa - ou envolvido de forma geral – no último exercício anterior de atividade empresarial, na qual foi praticada a infração.

O impacto dessa mudança se inicia com a preocupação de que, como destacou Amadeu de Souza Ferreira Neto,

a nova LDC manteve o critério de cálculo de multa com um teto limite, e nos casos em que a vantagem auferida é superior ao teto, a multa deve ser equivalente aos ganhos auferidos. O problema está nos casos em que a infração à ordem econômica apresenta grande duração de tempo, impedindo que as autoridades antitruste apliquem uma multa superior aos ganhos decorrentes do cartel.⁶⁸

Nota-se que este teto previsto, além da diminuição da porcentagem do critério do cálculo da multa, serve como um fator desestimulante para aquele que pratica condutas anticompetitivas, já que, por mais que sua conduta fosse descoberta e por ela recebesse sanções, ainda assim seria facilmente possível auferir lucro (lucro total obtido pela prática anticoncorrencial, diminuído – no máximo – 20% do faturamento bruto do envolvido no último exercício anterior a descoberta da infração). Tendo o agente praticado a conduta por vários anos o seu ganho seria de certa forma preservado, o que por óbvio diminuiria bruscamente a sua intenção de buscar firmar um acordo de leniência.

Dessa forma o valor adequado da multa deveria ser superior àquele obtido de forma ilegal. Um cálculo possível e viável para determinar o valor da sanção pecuniária seria o já utilizado no âmbito da CVM – Comissão de Valores Imobiliários – previsto na Lei 6.385/76 (a lei de mercado de capitais), que prevê como uma das penalidades imputáveis ao agente infrator multa de três vezes o montante da vantagem econômica obtida. Apesar de ser uma boa saída para desencorajar os agentes econômicos a violarem a livre concorrência, deve-se apontar que nem sempre será possível calcular com exatidão o montante auferido durante a execução da conduta anticoncorrencial.

⁶⁸ NETO, Amadeu de Souza Ferreira. *Programa de Leniência e a Lei 12.529/11: Avanços e desafios*, p. 154.

4.3.2 Da ausência de concessão de imunidade civil aos participantes do programa

Outro ponto discutível do programa de leniência brasileiro é que não é conferida a imunidade civil ao beneficiário do acordo. Como anteriormente apontado, aquele que é descoberto praticando cartel poderá vir a ser responsabilizado por seus atos em três esferas: na administrativa, na civil e na criminal.

Quanto à penalização na esfera administrativa, esta será afastada por meio da já conhecida imunidade administrativa. A questão das possíveis sanções penais será abordada no próximo subitem, o que nos traz a discussão sobre a imunidade na esfera civil.

O programa brasileiro de leniência, diferentemente do americano, não concede imunidade civil ao beneficiário, o que deixa os assinantes do acordo sujeitos a responder em ações privadas os prejuízos suportados por aqueles que foram prejudicados patrimonialmente em virtude do ilícito anticoncorrencial.⁶⁹

A imunidade civil não era vista à época da elaboração da nova lei como um elemento determinante para o fortalecimento do programa de leniência. Acontece que essa negligência para com a imunidade civil vem se tornando cada vez mais perceptível, pois com o passar dos anos o número de demandas indenizatórias tem aumentado e, tendo a população cada vez mais acesso aos valores de defesa da concorrência, a tendência do número de ações que pleiteiam a restituição dos prejuízos sofridos em decorrência de cartel é só aumentar. Lembrando que o universo de demandantes pode ser infinito se pensarmos em consumidores e concorrentes prejudicados nacional e internacionalmente.

Além do desestímulo vivenciado pelo praticante do ilícito para assinar o acordo de leniência decorrido do fato de que ele poderá responder na esfera civil, a ausência de concessão de imunidade civil no Brasil ainda poderá implicar em embates com outras autoridades estrangeiras de defesa da concorrência quando da investigação de cartel internacional. Certas jurisdições,

⁶⁹ “Nos Estados Unidos, por exemplo, o *Antitruste Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004* garante imunidade aos beneficiários da leniência na esfera civil, representando um importante incentivo à delação de cartel.” NETO, Amadeu de Souza Ferreira. *Programa de Leniência e a Lei 12.529/11...* p. 159.

como já citado os Estados Unidos e a União Europeia concedem o perdão civil para os envolvidos, o que pode causar problemas entre essas legislações e as nossas em um momento de colaboração internacional.

Diante do não recebimento de perdão civil, o participante do programa poderá ver as informações por ele prestadas ao âmbito administrativo serem utilizadas contra si em uma possível futura ação civil. Neste sentido:

Um problema que se vislumbra, esse muito mais relevante, refere-se à confidencialidade das informações prestadas em face de eventual ação de perdas e danos. A imunidade outorgada por Acordos de Leniência não cobre ações por perdas e danos subsequentes, correndo o risco, portanto, o beneficiário de ter as provas que produziu emprestadas ao juízo civil para quantificação de danos em uma eventual ação dessa natureza. Uma saída para o problema seria, talvez, o tratamento confidencial de toda e qualquer informação com relação ao beneficiário, prevenindo-se dessa forma, que as informações prestadas seja usadas contra esse beneficiário.⁷⁰

Evidente que a questão do perdão civil é passível de maiores discussões, devendo ser no mínimo considerada esta possibilidade pelas autoridades competentes diante do seu alto grau de estímulo a participação do programa de leniência do CADE.

4.3.3 O papel do Ministério Público no Acordo de Leniência e demais críticas no âmbito penal.

Por fim, mais um ponto deve ser discutido: o papel do Ministério Público. O questionamento acerca do tema deve ser iniciado com a observação de que ainda não foi definido por lei qual é de fato o papel do Ministério Público durante o processo de assinatura do Acordo de Leniência.

Na prática, o CADE demonstra o interesse em ter a participação do MP durante a assinatura do Acordo, mas deve-se observar que a sua presença não é obrigatória para a validação e eficácia do acordo. Quando da presença do *parquet* no programa de leniência ele não atua como mero observador, mas como signatário do acordo.

⁷⁰ DRAGO, Bruno de Luca. *Acordos de leniência...*p. 59.

Essa postura do CADE de chamar o MP para assinatura do acordo é decorrência da dúvida que persiste sobre as possíveis consequências que o beneficiário do acordo poderá sofrer no âmbito penal. Esse problema é destacado pela doutrina:

Há certa dúvida, entre os operadores do direito da concorrência, surgida na vigência da Lei 8.884/1990, sobre a possibilidade de a autoridade administrativa conceder a anistia penal, sendo o Ministério Público o titular da ação penal. Para evitar qualquer discussão futura que possa comprometer o programa de leniência (sendo certo que a insegurança sobre este ponto seria um senão à celebração de leniências), o Ministério Público é frequentemente chamado a assinar acordos.⁷¹

Como relatado acima, a solução encontrada pelo CADE é a de solicitar a presença do MP para assinar o acordo, para que dessa forma evite-se discussões futuras sobre a validade do programa de leniência. Na prática, a anuência do MP no acordo de leniência cria uma espécie de garantia para o beneficiário de que não será no futuro oferecida uma denúncia em seu nome.

Além desse questionamento, o acordo de leniência ainda é criticado no âmbito penal por outros motivos:

Os efeitos penais do acordo de leniência têm sido objeto de diversas críticas. De forma resumida, essas críticas podem ser assim agrupadas: (i) o acordo de leniência apresentaria falhas éticas, pois o Estado não poderia permitir a existência de um instituto que desonera ao menos um dos autores do fato delituoso de receber a sanção devida pelo crime praticado, em troca de informações ou elementos sobre tal crime; (ii) o acordo de leniência violaria o princípio da obrigatoriedade da ação penal, segundo o qual o Ministério Público não pode dispor, por razões de conveniência e oportunidade, da ação penal, sendo obrigado a oferecer a denúncia quando presentes indícios de autoria e provas da materialidade contra todos os investigados, não podendo 'escolher' propor o processo penal contra alguns e não contra outros; (iii) o acordo de leniência retiraria dos órgãos do sistema penal, especialmente do Poder Judiciário, a análise acerca da configuração

⁷¹ CORDOVIL, Leonor et al. *Nova lei ...* p. 193.

penal de dada conduta e sua autoria; (iv) o acordo de leniência geraria problemas no que se refere à prestabilidade dos elementos indiciários ou de prova produzidos pelo leniente, bem como sua valoração no processo penal.⁷²

Como se vê, a ideia de que um dos praticantes de condutas anticoncorrenciais se veja livre de determinadas sanções ao entregar seus “companheiros” ainda causa controvérsias, como se o fato de delatar outros por uma conduta que o próprio delator praticava fosse uma ofensa ética, uma imoralidade. Contudo, o acordo de leniência não pode ser visto por esse viés, na realidade o acordo de leniência é justamente a oportunidade daquele que estava cometendo ilicitudes reparar seus erros.

Os motivos para a prática de cartel são muitos e se houver a possibilidade de arrependimento de um de seus participantes deve ser ofertado pelo Estado o meio adequado de se fazê-lo. Nas palavras de Ana Paula Martinez:

O Programa de Leniência, quando bem implementado, deveria ser enxergado como um instituto que permite ao infrator fazer o que é certo: cessar a conduta ilegal e colaborar com as investigações, com esperado incremento do bem-estar social.⁷³

O programa de leniência também é criticado pela questão de que o crime de cartel enseja a competência do MP para o ajuizamento de ação pública incondicionada, o que implica dizer que diante da constatação ou evidências da prática de cartel o MP tem o dever de ajuizar ação buscando a condenação penal dos envolvidos.

A resolução desse suposto conflito pode ser resolvida por uma ponderação, analisando de forma prática qual seria a melhor ferramenta para o descobrimento da prática de cartel, reunião de provas e conseqüente desconstrução do cartel. A realidade nos mostra que as chances de se descobrir um cartel e penalizar todos os envolvidos é muito pequena, sendo o acordo de leniência o mais fácil e rápido meio de fazê-lo. Deste modo esse

⁷² ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (cord.); GIANINNI, Adriana Franco et al. *Comentários à nova lei...* p. 264

⁷³ MARTINEZ, Ana Paula. O acordo de leniência e a lógica da cenoura e do porrete. *Valor Econômico*.

“afastamento” da obrigatoriedade do ajuizamento de ação penal pública pelo MP seria uma forma de aumentar as chances de atrair novos participantes para o programa de leniência e, portanto, maior o número de cartéis desconstituídos.

Claro que para uma eficaz resolução desse conflito deveria ser incluída em lei exatamente qual o papel do Ministério Público quando da assinatura do acordo. Apesar de ser recorrente a presença do *parquet* essa omissão na legislação cria uma atmosfera de insegurança para os participantes do programa.

O que já vem ocorrendo na prática deveria, portanto, tornar-se obrigatório. Dessa forma o MP poderia cooperar com o CADE e a garantia informal de um não processamento na esfera criminal passaria a ser regra. A anuência do Ministério Público no acordo constituiria a garantia de que não seria oferecida denúncia criminal, fato de extrema relevância para incentivar a procura do programa de leniência pelo agente infrator.

A inclusão de previsões expressas na legislação é também a solução para duas outras críticas acima apontadas. A questão do aproveitamento de indícios e provas, levantados pelo acordo de leniência, em outros processos deve ser prevista em lei. A previsão legal igualmente poderia ser aplicada para condicionar a atuação do Poder Judiciário em casos que envolvam ilícitos além dos previstos na lei de defesa da concorrência e da lei de crimes contra a ordem econômica, além de ações referentes a indenizações e afins, dada a ausência de concessão de imunidade na esfera civil.

5. CONCLUSÃO:

O presente trabalho permitiu a realização de uma análise do Programa de Leniência no Brasil. Inicialmente foram citados os principais modelos de programas de leniência que influenciaram a construção do programa brasileiro, resultando na evidente prevalência de influência dos modelos dos Estados Unidos e da Comissão Europeia.

Apesar de o Brasil ter demorado mais para desenvolver uma legislação específica para a defesa da concorrência e, conseqüentemente, ter criado um programa de leniência mais tardiamente, as reformas sofridas pelo programa têm demonstrado a forte tendência de modernização e esforço despendido pelo CADE para atingir um nível de alta eficácia do programa.

Dentre as alterações trazidas pelo advento da nova lei de defesa da concorrência, a Lei nº 12.529/11, deve-se destacar a possibilidade de participação no acordo de leniência pelo líder do cartel (a lei anterior descartava esta possibilidade). É evidente que a participação na assinatura do acordo pelo líder do cartel deve ser analisada com rigor e sem ingenuidades. A altíssima disputa entre concorrentes pode levar a tomada de medidas absurdas por eles, devendo ser descartada pela Autarquia a possibilidade de constituição e posterior delação da prática de cartel pelo seu líder por exclusiva intenção de prejudicar e afastar do mercado seus concorrentes. Esse avanço do programa exigirá do CADE um maior cuidado para a concessão dos benefícios que envolvem um acordo de leniência.

Outro ponto relevante tratado no presente trabalho constituiu na demonstração de quão danosos podem ser os cartéis. Os números citados no capítulo 3 comprovam que o combate aos cartéis é uma questão emergencial. Todos os anos os praticantes dessa infração lucram bilhões de dólares sobre o prejuízo causado aos seus concorrentes e aos consumidores finais. A dificuldade, portanto, de descobrimento e desconstrução dos cartéis legitima a previsão legal do acordo de leniência.

Igualmente importante é a observância de determinados princípios quando da assinatura do acordo. O afã de identificar agentes infratores envolvidos e penalizá-los não pode afastar o respeito aos princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade, moralidade, busca pela verdade material, eficiência e tantos outros. É justamente o cumprimento dos princípios

previstos no nosso sistema jurídico e a obediência aos moldes do programa de leniência previsto na lei que garantem a credibilidade do programa. Evidente que os supostos infratores só procurarão o CADE se ele demonstrar transparência e seriedade capazes de conferir segurança aos envolvidos.

Quanto às críticas destinadas ao programa percebe-se que estas podem ser resolvidas, ou ao menos contornadas, por previsão legal e por cooperação entre as autoridades envolvidas. A existência de maiores detalhes na lei poderia afastar problemas mais pontuais como, por exemplo, o do reaproveitamento de provas em outros processos que não o administrativo. Já a cooperação se mostra vital para a solução de problemas mais complexos como o da participação do Ministério Público e do Judiciário nas questões que circundam o universo da prática de cartéis e suas sanções.

Atualmente vivemos um momento de tantas demandas sociais que não é mais possível perpetuar um sistema que não permita o diálogo e cooperação entre as esferas administrativa, civil e penal. É evidente que no combate aos cartéis a atuação em conjunto do CADE, do Ministério Público e do Judiciário é de extrema importância, já que o CADE não é capaz de, sozinho, combater todas as práticas anticoncorrenciais.

Por fim, é construtivo chamar atenção para a necessidade de não condicionar a luta contra os cartéis apenas à figura do acordo de leniência. Por mais que tenha se demonstrado a relevância, eficácia e rentabilidade dos acordos, não é benéfico a longo prazo que se crie uma dependência da participação no programa de leniência para a descoberta e penalização dos agentes praticantes do cartel. Deve-se lembrar de que a procura pelo acordo de leniência por parte dos agente econômicos é justamente impulsionada pela certeza da punibilidade. Uma agência de defesa da concorrência que se fia apenas na assinatura de acordos de leniência para combater cartéis acaba demonstrando justamente o oposto: nenhum agente infrator procurará reparar danos sabendo que eles nunca serão descobertos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico – do direito nacional ou direito supranacional*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (cord.); GIANINNI, Adriana Franco et al. *Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

BASILE, Juliano. Cade vai julgar mais cartéis em 2014 e se destaca em ranking mundial. *Valor Econômico*, Brasília. 04/06/14. Disponível em < <http://www.valor.com.br/brasil/3573586/cade-vai-julgar-mais-carteis-em-2014-e-se-destaca-em-ranking-mundial>>. Acesso em: 19/10/14.

BORRELL, Joan Ramón, JIMÉNEZ, Juan Luis, GARCÍA, Carmem. In *Evaluating antitrust leniency programs*. Disponível em < <http://www.ub.edu/ubeeconomics/wp-content/uploads/2012/02/XREAP2012-01.pdf>>. Acesso em 31 de julho de 2014.

CADE. *Combate a Cartéis e Programa de Leniência* (2009). 3. ed. Disponível em < http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE_CADE.pdf> . Acesso em 9 de junho de 2014.

_____. *Programa de leniência*. Disponível em < <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?50d053dd22e023075dfe54>>. Acesso em 9 de junho de 2014.

_____. *Regimento interno*. Disponível em < http://www.cade.gov.br/upload/RICADE%20%20com%20emendas_19_fev_2014_final.pdf>. Acesso em 9 de julho de 2014.

_____. *Balanço do biênio da Lei 12.529/11 e perspectivas da defesa da concorrência no Brasil*. Disponível em:

<http://www.cade.gov.br/upload/Balan%C3%A7o%202%20anos%20nova%20lei.pdf> . Acesso em 12/10/14.

_____. *CADE aprova novo acordo em suposto cartel internacional de mangueiras marítimas.* Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?5dd021e838ed0201152235015cfe>>. Acesso em: 19/10/14.

_____. *CADE firma novo acordo em suposto cartel internacional de cabos submarinos e subterrâneos.* Disponível em: < <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?5dd021e838ed0201152235015de3>>. Acesso em 19/10/14.

_____. *CADE se mantém entre as oito melhores agências antitruste do mundo.* Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e559a97f968b60a376c394a3b398> . Acesso em 12/10/14.

CORDOVIL, Leonor et al. *Nova lei de defesa da concorrência comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DEPARTMENT OF JUSTICE. *Antitrust Division.* Public documents. Criminal enforcement: Fine and jail charts through fiscal year 2013. Disponível em: < <http://www.justice.gov/atr/public/criminal/264101.html#a>> . Acesso em: 5/09/14.

DRAGO, Bruno de Luca. Acordos de leniência – breve estudo comparativo. *Revista do IBRAC.* São Paulo, vol.14, n. 06, p. 49-60.

EUROPEAN COMMISSION. *Competition: Cartel statistics.* Disponível em:< <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>>. Acesso em: 5/09/14.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel – Teoria Unificada da Colusão*. São Paulo: Lex Editora, 2007, p. 109-216.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros. 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 133.

LENIENCY PROGRAM, The United States Department of Justice. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/criminal/leniency.html> . Acesso em 5/09/14.

MARTINEZ, Ana Paula. O acordo de leniência e a lógica da cenoura e do porrete. *Valor Econômico*. Disponível em: < <http://www.valor.com.br/opiniao/3292108/acordo-de-leniencia-e-logica-da-cenoura-e-do-porrete>>. Acesso em 19/10/14.

MAZZUCATO, Paolo Zopo. Acordo de leniência: questões controversas sobre o art. 35-C da Lei Antitruste. *Revista do IBRAC*. São Paulo, n. 17, 2010, p.169-209.

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; MAIOLI, Patrícia Lopes; ABATI, Leandro de Paula Assunção. O acordo de leniência como corolário do princípio da consensualidade no processo antitruste brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 45, jan/mar. 2014, p. 153-167.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Defesa da concorrência: publicações. Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7BDA2BE05D-37BA-4EF3-8B55-1EBF0EB9E143%7D>> .Acesso em: 12/10/14.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 4ª ed. atual. rev. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

_____. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e o devido processo legal. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, out/dez. 2012, p. 129-153.

NETO, Amadeu de Souza Ferreira. Programa de Leniência e a Lei 12.529/11: Avanços e desafios. *Revista do IBRAC*. São Paulo, ano.19, vol. 22, p. 145-162.

OCDE, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Cartéis, seus danos e punições efetivas*. Disponível em:

< <http://www.oecd.org/competition/cartels/1935129.pdf>> . Acesso em 13/09/14.

PANTONI, Roberta Alessandra. *Consensualidade como instrumento de legitimidade no processo antitruste sancionador brasileiro: considerações sobre o “Acordo de Leniência”*. 2012. 126f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2012. p. 89-119. Disponível em <<http://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/3389/1/ConsensualidadeInstrumentoLegitimidade.pdf>>. Acesso em 6 de junho de 2014.

POLO, Michele e MOTTA Massimo in *Leniency Progran*s. Disponível em < http://www.barcelonagse.eu/tmp/pdf/motta_leniency.pdf>. Acesso em 31 de julho de 2014.

RIBEIRO, Amadeu; NOVIS Maria Eugênia. Programa brasileiro de leniência: evolução, efetividade e possíveis aperfeiçoamentos. *Revista do IBRAC*. São Paulo, n. 17, 2010, p. 147-168.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

SALOMI, Maíra Beuchamp. *O acordo de leniência e seus reflexos penais*. 2012. 293f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-11102012-085658/pt-br.php>> . Acesso em 6 de junho de 2014.

SCOTT D. Hammond, *The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades*, Address Before 24th Annual National Institute on White Collar Crime (Feb. 25, 2010)

Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/255515.pdf>. Acesso em 5/09/14.

SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. *O acordo de leniência: avanço ou precipitação?* *Revista do IBRAC*. São Paulo, vol. 8, n. 02, 2001, p.131-146.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Acordos substitutivos nas sanções regulatórias*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr/jun. 2011, p. 133-151.