

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

LUARA BORGES DIAS

**ACORDOS DE NATUREZA DELATÓRIA COMO
INSTRUMENTO DE REGULAÇÃO ECONÔMICA: Utilização
de Acordos de Leniência na repressão aos ilícitos previstos no art.
36 da Lei 12.529/11.**

Orientação: Professora Associada Ana Carla Bliacheriene

RIBEIRÃO PRETO

2016

LUARA BORGES DIAS

**ACORDOS DE NATUREZA DELATÓRIA COMO
INSTRUMENTO DE REGULAÇÃO ECONÔMICA:
Utilização de Acordos de Leniência na repressão aos ilícitos
previstos no art. 36 da Lei 12.529/11.**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito de
Ribeirão Preto da Universidade de São
Paulo, como exigência parcial a obtenção
do título de bacharel em Direito, sob
orientação da Professora Associada Ana
Carla Bliacheriene

RIBEIRÃO PRETO

2016

FICHA CATALOGRÁFICA

Dias, Luara Borges

Acordos de Natureza Delatória como Instrumento de Regulação Econômica:
Utilização de Acordos de Leniência na repressão aos ilícitos previstos no art. 36 da Lei
12.529/11/ Luara Borges Dias – Ribeirão Preto, 2016.

62 p. ; 30 cm

Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da
Universidade de São Paulo

Orientadora: Profa. Ana Carla Bliacheriene

- 1. Delação Premiada. 2. Regulação da Econômica. 3. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. 5. Conselho Administrativo de Defesa da concorrência. 6. Efeitos

DIAS, Luara Borges. **Delação Premiada como Instrumento de Regulação Econômica: Utilização de acordos de leniência na repressão aos ilícitos previstos no art. 36 da Lei 12.529/11..** Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. _____ **Instituição:** _____

Julgamento: _____ **Assinatura:** _____

Prof. Dr. _____ **Instituição:** _____

Julgamento: _____ **Assinatura:** _____

Prof. Dr. _____ **Instituição:** _____

Julgamento: _____ **Assinatura:** _____

Especialmente à minha mãe, Marli, ao meu pai, Gilmar e ao meu irmão Luan. Aos meus familiares e amigos. A todos que me apoiaram nessa jornada.

RESUMO

Ante ao implemento em tecnologia dos ilícitos contra a ordem econômica, para a manutenção de um jogo limpo entre os *players* em disputa no mercado, o Estado viu-se obrigado a adotar novos meios de investigação para apurar infrações. Em momento de consensualização do Direito, busca ao instituto da delação premiada, meio de prova criminal, como instrumento pelo qual se mantém ordem econômica.

O presente trabalho por objetivo demonstrar como o Direito Econômico transformou o instituto da delação premiada em instrumento de manutenção da ordem econômica. Enfoca a utilização dos acordos de leniência como instrumento de combate a atos anticompetitivos. Examina os efeitos de utilização dos acordos em esfera administrativa, criminal e cível para apurar eficiência dos instrumentos de natureza delatória na regulação do mercado, contrapondo os objetivos atingidos e as principais críticas formuladas a respeito da prática.

Palavras-chave: delação premiada; acordo de leniência; proteção da concorrência; regulação econômica.

ABSTRACT

On the implement technology of illicit against the economic order, the maintenance of fair play game among the players in contention on the market, the State was forced to adopt new means of investigation to determine violations. At a time of consensual Law, seeks to award the plea bargaing institute, through criminal evidence, as a tool by which remains economic order.

This study aimed to demonstrate how the Economic Law has transformed plea bargain in a instrument of the economic order. Focuses on the use of leniency agreements as a tool to combat anticompetitive acts. Examines the effects of use of the agreements in administrative, criminal and civil to find out the efficiency of whistleblower nature of instruments in market regulation, opposing the objectives achieved and the main criticisms made about the practice.

Keywords: plea bargaing; leniency agreement; protection of competition; economic regulation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
DA DELAÇÃO PREMIADA	
1. Conceituação.....	14
2. Origem do Instituto.....	18
3. Evolução do Instituto na Legislação Brasileira.....	20
DA INTERVENÇÃO ESTATAL E REGULAÇÃO ECONÔMICA	
1. Intervenção do Estado na Economia.....	25
2. Modalidades e Instrumentos Disponíveis.....	29
3. Regulação Econômica	32
DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA CONCORRÊNCIA	
1. Direito Concorrencial.....	37
2. Atuação do CADE	
2.1 Origem do CADE.....	39
2.2 Lei 12.529/11.....	42
3. Infrações à Ordem Econômica	46
4. Acordos de Leniência	
4.1 Consensualização em Direito Econômico.....	50
4.2 Acordos de Leniência celebrados pelo CADE	52
4.3 Procedimento para Utilização da Leniência prevista na Lei 12.529/11 em âmbito criminal.....	55
DOS EFEITOS DA LENIÊNCIA NO COMBATE A INFRAÇÕES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA	
1. Eficiência dos Acordos de Leniência no Combate à Infrações contra a Ordem Econômica	60
2. Reflexos da Utilização dos Acordos de Leniência	

2.1 Na persecução cível	63
2.2 Na persecução criminal	65
CONCLUSÕES.....	67
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	76

INTRODUÇÃO

A globalização e revolução tecnológica trouxeram inovações significativas nas interações humanas. Os reflexos nas interações econômicas também são evidentes pelo incremento tanto em tecnologia e desenvolvimento de produtos, quanto pela comunicação dos fornecedores com consumidores ou outros fornecedores.

Ilícitos de colarinho branco são cometidos por pessoas com alto poder político/econômico. Ao contrário das chamadas, pelo criminalista Eugênio Zaffaroni (2011), obras toscas, cometidas com rusticidade, o emprego de inteligência é determinante para o sucesso da ação. Com relação aos ilícitos contra a ordem econômica, sabe-se que a formação de cartel é o mais comumente praticado por agentes de mercado no exercício de suas funções. Visam aquisição de lucros semelhante ao regime de monopólio, de modo a lesar a concorrência. As investigações são intrincadas, dependem de denúncias anônimas ou de falhas comunicativas entre os participantes do conluio.

Acompanharam o incremento de tecnologia, os modos de contatos entre membros de um cartel. Reforçaram, pois, a segurança de seus contatos, tornando-os menos sensíveis às falhas de comunicação. A persecução a esses ilícitos, passíveis de sanção administrativa e criminal, tornaram-se mais difíceis. Surgiu a necessidade, destarte, de reforçar os meios para infirmar essa nova estabilidade dos cartéis. A fim de desestabilizar as relações entre os membros de um cartel, utiliza o Direito Econômico instituto semelhante ao da delação premiada, a fim de proteger o mercado, oferecendo benefícios ao criminoso que se comprometa a fornecer relevantes informações na persecução da prática ilícita.

O estudo examina, para tanto, a utilização dos Acordos de Leniência celebrados pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), por ser instrumento que deliberadamente pretende reprimir infrações contra a ordem econômica. Utiliza-se, portanto, instituto de natureza delatória como meio de prova em processos administrativos sancionadores, os quais são resultado de exercício do poder de polícia

estatal. A natureza dos acordos de leniência e da clássica delação premiada do direito penal é semelhante. Os requisitos essenciais, em ambos os casos, são a autoincriminação, a imputação de responsabilidade pela mesma conduta a terceiros, e o compromisso de colaborar espontânea e eficazmente com as investigações.

Portanto, busca investigar como a utilização do instrumento pelo Direito Econômico faz-se útil ao auxiliar na manutenção da ordem econômica vigente. A eficiência dessa nova técnica de intervenção estatal ocorre quando salvaguarda princípios e normas de ordem econômica e garante desenvolvimento econômico e social. A regulação exercida cumpre com seus objetivos se assegura aos princípios da função social da propriedade, liberdade de iniciativa e liberdade de concorrência. A manutenção desta última é fundamental para a alocação eficiente dos recursos disponíveis, consoante ao interesse público. Quando a utilização de acordos de natureza delatária segue tais preceitos, é possível concluir que os fins de regulação econômica são atingidos, portanto, que o uso da técnica adotada é justificado.

A análise da eficiência de acordos de natureza delatária como instrumento de regulação econômica, no presente estudo, tem por objeto principal os Acordos de Leniência celebrados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, órgão responsável pela prevenção e repressão a ilícitos contra a ordem econômica em esfera administrativa. Os ilícitos, objeto de persecução administrativa, que comportam a celebração de Acordo de Leniência pela Lei n. 12.529/11 encontram tipificação correspondente no Direito Penal. Igualmente, o ato ilícito investigado pela Administração é normalmente causador de danos à terceiros, possível àqueles que se sentiram lesados por ato ilícito o ajuizamento de ação reparatória. Daí porque infrações prevista na Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 12.529/11) são passíveis de sanção também em esfera cível e penal.

Assim, o primeiro capítulo investiga o instituto da delação premiada com a finalidade de conhecer suas características essenciais, bem como as situações em que é oportuna sua utilização. Demonstra, historicamente, a evolução da delação premiada na legislação brasileira, com notório desenvolvimento nos últimos 05 (cinco) anos. Tradicionalmente utilizada como instrumento de combate a crimes que por outras vias

difficilmente seriam descobertos, expõe-se como os acordos de natureza delatária se desenvolveram como instrumentos de combate à infrações contra a ordem econômica após a revolução tecnológica, período a partir do qual as investigações de ilícitos econômicos tornaram-se ainda mais complicadas, visto que o incremento tecnológico tornou os atos infracionais que utilizam inteligência mais obscuros e sigilosos.

No segundo capítulo, estuda as situações em que se faz necessária intervenção estatal, bem como a intensidade para que seja necessária e satisfatória à manutenção do sistema econômico vigente. A intervenção estatal deve seguir rigorosamente aos preceitos constitucionais, para que não seja excessiva, cabendo ao Estado agir apenas nas situações previstas pela Carta Maior. Apresenta as formas e modalidades de intervenção do Estado na economia, relacionando-as a seus objetivos. Chega à regulação econômica como modalidade de intervenção estatal, identificando-se os meios e objetivos da atividade regulatória.

Conhecido que a regulação se dá principalmente por duas vias, uma direcionada a setores específicos da economia, outra mais genérica, que visa à proteção do funcionamento dos mercados, analisa-se esta concorrência geral no terceiro capítulo. Analisa-se a formação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e seu atual funcionamento, o qual nos últimos cinco anos se centrou na figura do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. Por meio deste órgão autárquico se dá a defesa da concorrência, por atuação que pode ser tanto preventiva quanto repressiva.

O uso dos acordos de leniência como meio de obtenção de provas de ilícitos cometidos contra a ordem econômica é resposta estatal à blindagem alcançada pelos cartéis nos últimos anos, em razão do incremento tecnológico adicionado à prática ilícita. Com a edição da Lei 10.149/2000, o CADE passa a ter competência para firmar acordos de natureza delatária junto a investigados por infrações contra a ordem econômica. A Lei 12.529/11 dispõe ser competência da Superintendência-Geral do CADE a celebração acordos de leniência quando estes sejam necessários aos fins processuais previstos do art. 86 do diploma. Deve-se justificar a necessidade da obtenção de provas, tal que sem estas seja impossível a comprovação da conduta

investigada. A concessão do prêmio previsto no acordo deve se justificar como medida de interesse público.

É previsão do parágrafo único do art. 87 da Lei n. 12.529/11 a expansão dos benefícios dos acordos de leniência às condutas previstas no art. 4º da Lei 8.137/90. Assim, é possível a utilização de informações obtidas durante a persecução administrativa no processo criminal correspondente, respeitados requisitos da prova emprestada. Significa que os atos ilícitos passíveis de sanção aplicada pelo CADE são os mesmos de que trata a Lei dos Crimes contra a Ordem Econômica (Lei n. 8.137/90). Para esses casos é possível a extensão dos benefícios pactuados em esfera administrativa, desde que o Ministério Público, autoridade competente para celebração de delação premiada em esfera, participe da celebração do acordo de leniência pactuado entre o CADE e investigados. A extensão dos benefícios se dá em estrita correspondência de condutas, não atingindo outros atos ilícitos se não os previstos no acordo.

No capítulo seguinte se examina a utilização prática dos acordos de leniência, por meio de análise da jurisprudência do CADE, formada de processos administrativos que utilizaram acordos de natureza delatória em sua instrução. Examina-se o resultado das investigações na decisão e na aplicação das sanções administrativas. A seguir, analisam-se os reflexos dos efeitos da celebração de acordo de leniência na persecução cível e na persecução criminal. Por fim, examina se os propósitos regulatórios foram atingidos e indica os obstáculos à utilização da leniência em cada esfera jurídica sobre a qual produz efeitos. Busca-se resposta à questão da eficiência da utilização de acordos de natureza delatória na regulação econômica, ponderando se a utilização de referido instrumento probatório é meio eficaz para estabelecer funcionamento dos mercados consoante aos preceitos da ordem econômica.

CAPÍTULO I - DA DELAÇÃO PREMIADA

1. CONCEITUAÇÃO

A delação premiada é instituto de Direito Penal consistente na celebração de acordo entre autoridades investigativas e coautor ou partícipe de ato delituoso realizado em grupo, tal que o investigado se compromete a colaborar com as investigações, trazendo aos autos informações acerca da autoria e materialidade dos fatos em troca de redução da pena aplicada. Em síntese, as informações relevantes à investigação que deve fazer consistem na auto incriminação e incriminação de terceiros, detalhando o *modus operandi* delitivo. Todas as informações trazidas pelo delator devem estar amparadas em provas documentais. A palavra do delator é sempre suspeita, portanto insuficiente à se tornar meio de prova sem que haja outros elementos que colaborem para a mesma interpretação dos fatos.

Distinguem-se as figuras da confissão espontânea e da delação premiada. Tal como se indica na própria terminologia, a confissão espontânea do réu é restrita à declaração de sua própria culpabilidade, ao passo que na delação premiada as informações prestadas têm como fito a possibilidade de identificação de terceiros participantes do ato delitivo. Assim, a delação premiada contém a confissão espontânea, eis que “implica reconhecimento do delator à sua participação no projeto delituoso” (CERNICCHIARO, 2006, p. 194), acrescida do objetivo de colher informações que possibilitem a identificação de terceiros envolvidos, a fim de dismantelar o grupo.

Igualmente, distinguem-se a figura do delator e da testemunha. Guilherme Nucci (1997) apresenta duas situações, a primeira hipótese na qual o réu confessa o delito, a outra em que não o faz. A primeira hipótese apresentada é que caracteriza a delação premiada, oportunidade em que além da confissão, o colaborador se compromete no fornecimento de informações acerca da materialidade e autoria do fato. Na segunda hipótese, em razão da ausência de confissão espontânea, resta caracterizado o testemunho, tal como exposto a seguir:

Convém, portanto, diferenciar as duas situações: a) o réu confessa a prática do delito do qual está sendo acusado e envolve terceiro, seja corréu ou não. Trata-se de delação. Se o outro for codeinquente e estiver sendo processado, nos mesmos autos, terá a oportunidade de se manifestar sobre a acusação que lhe foi feita em seu interrogatório (caso este já tenha sido realizado, convém tornar a ouvi-lo sobre o assunto, diante da gravidade do quadro formado); b) o réu não admite a prática do delito e imputa a outro a autoria. Neste caso, pode acontecer do denunciado já estar integrando o processo no polo passivo ou, então, será chamado a integrá-lo por aditamento da denúncia. Poderá, ainda, conforme o caso, ter um processo à parte contra si. Se integrar o mesmo processo onde houve o testemunho – e não a delação – será interrogado a respeito. Caso haja um novo processo, também será ouvido em interrogatório (NUCCI, 1997, p. 209).

A confissão, portanto, é o principal elemento de diferenciação da delação premiada e do testemunho. Ainda que a testemunha seja um dos réus em processo e busque imputar a terceiro a responsabilidade pelo ato investigado, a situação não se confundirá com a delação premiada. O significado etimológico da palavra delação aponta que a prática consistiria em acusar, revelar o que estava oculto acerca de indivíduos participantes de dada prática delitiva.

Consoante o magistrado Adalberto José de Aranha, é essencial para a configuração da delação premiada a atribuição de responsabilidade a um terceiro participante, razão pela qual a prática também é nomeada chamamento de corréu. Define, então, que a delação premiada “consiste na afirmativa feita por um acusado, ao ser interrogado em juízo ou ouvido na polícia, e pela qual, além de confessar a autoria de ato criminoso, igualmente atribui a um terceiro a participação como seu comparsa.” (ARANHA, 1994, p. 99). Assim, a delação premiada se caracteriza quando um acusado, indiciado ou averiguado, concomitantemente, confessa a sua participação no ato criminoso, atribuindo responsabilidade, igualmente, a terceiros coautores do ilícito.

O termo colaboração premiada é utilizado pela primeira vez na legislação pátria em 1996, por meio da Lei de Lavagem de Dinheiro, a qual estabeleceu que a colaboração processual se difere da delação premiada pela desnecessidade de apontar dados sobre os demais participantes da conduta delitiva. Os benefícios seriam concedidos ainda que as informações prestadas pelo colaborador não resultasse na imputação de responsabilidade a terceiros. De outro modo, é exigido que o conteúdo do

informado forneça às autoridades elementos outros que facilitem a resolução do crime. No caso da Lei de Lavagem de Dinheiro, a colaboração consistente na localização dos bens, direitos e valores produtos do ilícito.

A delação premiada é meio pelo qual o Estado satisfaz objetivos de obtenção de meio de provas concernentes à identificação de terceiros participantes de organização da conduta delitiva. A colaboração premiada, mais abrangente, atinge objetivos além do exposto, do qual se pode objetivar a recuperação de produto do crime, a libertação de pessoa em sequestro, entre outras informações sem as quais seria dificultado o processo investigativo de colheita de provas. Em ambos os casos, o Estado extrai a autoincriminação, requisito para a constituição do instituto, acrescida de outros elementos probatórios, quais sejam suficientes aos fins de cognição e convicção de autoria e materialidade do fato.

É possível entender que a colaboração premiada é o termo mais amplo utilizado com relação às formas de consensualização de interesses entre sujeitos investigados e Estado investigador. A colaboração premiada contém a delação premiada, não obstante a afirmação inversa não seja real. Portanto, delação premiada é espécie da qual é gênero a colaboração premiada. A delação premiada é espécie de colaboração que se apresenta quando as informações relevantes que se pretende obter dizem respeito à autoria do fato, atribuindo responsabilidade os terceiros participantes no ilícito.

A colaboração processual é instituto de caráter personalíssimo, possível exclusivamente aos autores e partícipes de evento criminoso. Considera-se que a colaboração premiada tanto tem por objetivo a colheita de dados confiáveis, quanto o reforço dos dados colhidos previamente pelo Judiciário, o que diminui a probabilidade de erros (CERNICCHIARO, 2006, p. 194). Para a validade do depoimento, considera-se essencial que venha amparado por outros elementos probatórios, de modo a revestir de certeza as informações colhidas.

No processo criminal, o prêmio da colaboração é consistente na redução de pena, possível em casos excepcionais, inclusive, o perdão judicial, em troca de informações que interessem à investigação. Entende-se, por lógica, que a concessão dos benefícios

acontecerá apenas ao fim do processo criminal, em sede de sentença de mérito (QUEZADO; VIRGINIO, 2009, p. 17), já que o acordo de colaboração não afasta a possibilidade de que o autor seja absolvido ou beneficiado com a prescrição da ação penal.

Para a validade do termo de acordo de colaboração premiada celebrado entre investigado e Estado, alguns pressupostos devem ser satisfeitos. O acordo deve conter: a) auto incriminação; b) espontaneidade do corréu na celebração do acordo, ao Estado sendo vedado a utilização de mecanismos para forçar um acordo; c) relevância das informações prestadas no contexto da investigação ou instrução criminal, de modo que o conteúdo destas revele ou confirme a identidade de coacusados, senão se prestem à localização da vítima, à apreensão de instrumentos, coisas e substâncias utilizados para no ilícito, ou à recuperação total ou parcial do produto do crime (MESSA; CARNEIRO, 2012, p. 172).

Em se tratando de delação premiada, os dois primeiros requisitos manter-se-iam. Contudo o terceiro requisito não permitiria alternativas ao teor da colaboração prestada, tal que essa deveria consistir no fornecimento cumulativo de informações sobre autoria e materialidade. A colaboração premiada é mais ampla por não exigir que das informações colhidas resulte a identificação de outros membros do grupo envolvido na prática ilícita.

A colaboração deve atender satisfatoriamente aos interesses da investigação, estando em consonância com seus objetivos e justificando-se no interesse público. A colaboração exige também que os órgãos investigativos não disponham de elementos de cognição suficientes à formação de juízo do julgador. Portanto, além dos requisitos inerentes à pessoa e aos atos do colaborador, necessário que as informações prestadas sejam satisfatória aos fins investigativos almejados.

Se assim não for, não será concedido o prêmio. Este consistente na redução da pena, na retenção de percentual dos valores recuperados e em alguns caso, até mesmo, na extinção da ação punitiva. Incorreto considerar que o prêmio é dado ao colaborador, pura e simplesmente em razão de ter optado em afastar sua garantia constitucional da

não autoincriminação, já que as regras de concessão de benefícios exigem que os acordos só se firme para atender aos interesses da coletividade. Desse modo, o estímulo à colaboração deve favorecer mais à sociedade que ao réu premiado (MESSA; CARNEIRO, 2012, p. 173).

Quanto à sua natureza jurídica, existe divergência doutrinária. Há entendimento no sentido de que a delação premiada pode ser considerada meio de prova inominada ou anômala, já que inexistente previsão normativa desse tipo de prova. Por outro lado, há correntes doutrinárias que defendem se tratar de meio de prova nominado, já que o ordenamento jurídico não a trata como prova ilícita, admitindo-a com base no princípio do livre convencimento.

A doutrina divide a colaboração premiada em duas espécies, possível que seja preventiva ou repressiva. Basicamente, a delação premiada preventiva se configura quando, ainda na fase de investigação criminal, o ato do codelinquente resulta impedimento à consumação ou à perpetuação do ato criminoso, ao passo que na modalidade repressiva, resta caracterizada quando o depoimento delatatório tem a finalidade de comprovar, revestindo de certeza, a imputação dirigida aos demais partícipes (MESSA; CARNEIRO, 2012, p. 160).

Os requisitos para a celebração de acordos delatórios e acordos colaborativos são os mesmos, contudo na delação premiada há exigência da imputação de responsabilidade do ilícito a terceiros.

2. ORIGEM DO INSTITUTO

Na década de 1980, o instituto da delação premiada foi introduzido na legislação italiana, com o intuito principal de se consolidar como eficiente instrumento de combate à máfia. Sua utilização teve notoriedade no caso de desmantelamento da organização mafiosa Cosa Nostra. O grupo é uma das organizações criminosas mais antigas da Itália, tendo se originado nos campos, por agricultores, como modo de resistência ao império do Rei de Nápoles, desvirtuando-se de suas raízes e migrando para as cidades por conta

do fenômeno do êxodo rural, quando já não se vislumbrava grande lucratividade nos campos.

O combate à organização mafiosa italiana foi dividido em dois momentos, sendo que a adoção da delação premiada acontece na segunda fase, quando o mafioso Tommaso Buscetta é preso, pela segunda vez, no Brasil. No regimento interno da organização criminosa, no qual a honra é elemento fundamental, estava a previsão de que os membros não poderiam matar parentes de outros participantes do grupo que não fizessem parte da máfia. Contudo, Tommaso viu a morte de seus dois primeiros filhos e de outros dois parentes não ligados à organização, no momento em que mafiosos da Corleone buscaram se desvencilhar da Cosa Nostra.

Tais acontecimentos fizeram com que Tommaso rompesse com a máfia, concordando, deste modo, em colaborar com as investigações levadas a efeito pelo juiz Giovanni Falcone. Em contrapartida, solicitou proteção para sua esposa brasileira e para outros dois filhos. O acordo celebrado junto ao Estado Italiano também resultou na manutenção de parte de seu patrimônio e de outros benefícios dentro da prisão, como horas de banho de sol e número de visitas maior do que o normalmente concedido aos mafiosos, a quem se aplicava com grande rigidez a legislação penal italiana.

Ao contrário do que aconteceu no acordo paradigmático realizado entre o estado italiano e Tommaso Buscetta, na realidade brasileira, tradicionalmente, entendeu-se pela insuficiência do estado brasileiro na preservação da garantia de integridade física do colaborador e de sua família (QUEZADO; VIRGINIO, 2009). Igualmente, vale observar que o instituto da delação premiada na legislação italiana tem, desde sua origem, tipificação completa, ao que se reputa o alto grau de efetividade na utilização do instituto. Isso quer dizer que há regulamentação da matéria desde a fase de investigação até a fase de execução penal.

3. EVOLUÇÃO DO INSTITUTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Existem controvérsias acerca do momento em que a delação premiada passou a ser utilizada no Brasil. Alguns autores (JESUS, 2005) entendem que a primeira

previsão de delação premiada remonta às Ordenações Filipinas, legislação adotada em Portugal cuja parte das disposições foi aplicada no Brasil até o advento do Código Criminal de 1830 e do Código Civil de 1916.

Prevvia-se no Livro V, Capítulo CXVI o perdão judicial para o copartícipe em crime de lesa-majestade (falsificação de dinheiro, de selos, de sinal da Rainha, do Príncipe ou de Oficiais), bem como em crimes ordinários (furtar, matar, provocar incêndio, fazer feitiços, etc.) que apontasse os demais participantes. A previsão de perdão não se restringia aos delatores. Sem confundir-se com a delação, a previsão de prêmio também era concedida a testemunhas de crimes. Assim funcionava: caso uma pessoa houvesse cometido um crime e denunciasse um terceiro por um crime diverso, este passaria à condição de testemunha de um terceiro fato criminoso. Em troca da ajuda na identificação do autor do terceiro crime a testemunha receberia o perdão judicial por ato criminoso diverso que houvesse praticado. Nesses casos, o perdão atingiria qualquer outro crime grave pelo qual respondesse a testemunha, desde que esse mal não fosse maior que aquele objeto da acusação realizada (MESSA; CARNEIRO, 2012, p. 160). Por longo período da história legislativa brasileira, a adoção da delação premiada fora abandonada em razão dos apontamentos e críticas acerca da moralidade do instituto.

Há, contudo, autores que entendem que a introdução do instituto no direito pátrio aconteceu apenas com a edição da Lei n. 8.072/90, art. 8º, parágrafo único. A lei modificou o art. 159 do Código Penal para prever que a denúncia do bando ou quadrilha sendo eficiente para o desmantelamento no grupo, poderia beneficiar o delator com a redução da pena de um a dois terços (CERNICCHIARO; 2006, p. 193). A partir de então, passou-se a utilizar técnica semelhante àquela de origem italiana a fim de desmantelar as associações criminosas de caráter permanente. No Brasil, a promulgação da Lei de Crimes Hediondos visou reprimir, especificamente, o crime de terrorismo (PENTEADO; 2006, p. 630) e houve previsão expressa da adoção do instituto delatário.

A Lei n. 9.034/95 trouxe inovações ao estender o alcance de utilização da colaboração premiada, para o esclarecimento de infrações à lei e sua autoria, para o

crime organizado, em geral. Referida lei dispunha acerca da “utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas” (BRASIL. Lei n. 9.034, 1995), consagrando a delação premiada como um instrumento persecutório e probatório legítimo. Observa que a opção pela extensão do benefício a todo tipo de crime comum é alvo de críticas da maior parte da doutrina italiana. Expõe-se entendimento no sentido de que a aplicação do instituto deveria se restringir aos crimes de terrorismo, indicados como motivo de origem do instituto (PENTEADO; 2006, p. 631).

A Lei n. 8.072/90 previu a concessão dos benefícios quando o crime fosse cometido em quadrilha ou bando. A Lei n. 9.292/96 modificou o art. 159 do Código Penal para acrescentar, com relação ao crime de extorsão mediante sequestro, que na existência de concurso de agentes, aquele participante que promovesse a denúncia às autoridades teria sua pena reduzida de um a dois terços (CERNICCHIARO; 2006, p. 193). O §4º do art. 159 do Código Penal (colocar ano) propõe como requisito que a atividade colaborativa inclua a facilitação da libertação do sequestrado.

Com a edição da Lei n. 9.613/98, a concessão do benefício têm previsão no art. 1º, §5º. Consiste na redução de pena (um a dois terços), acrescido da benesse do cumprimento inicial da pena em regime semiaberto, além da possibilidade de substituição desta por pena restritiva de direito, para o autor, coautor ou partícipe que aceitar colaborar espontaneamente com as autoridades. Observa-se que aqui o benefício é concedido tanto ao sujeito que realiza a confissão espontânea quanto ao que realiza a delação premiada.

Já a Lei n. 9.807/99 traz um capítulo que trata das benesses concedidas ao réu colaborador. Diferentemente dos outros diplomas, não só propõe a redução da pena nos percentuais já mencionados, como também prevê a possibilidade de concessão do perdão judicial e da consequente extinção de punibilidade ao réu primário que, de modo efetivo e voluntário, colabore com a investigação e com a condução do processo criminal. Anota-se que neste caso, o resultado esperado da colaboração não é restrito à

identificação dos demais participantes no ato ilícito, por isso a utilização do termo colaboração.

Os arts. 13 e 14 da Lei de Proteção às Vítimas e Testemunhas Ameaçadas (Lei n. 9.807/1999) demonstra taxativamente qual é o teor da efetiva colaboração que almejam. Elenca, pois, que a concessão dos benefícios, redução de pena e até mesmo extinção de punibilidade, depende dos seguintes resultados: a) identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; b) localização da vítima com a sua integridade física preservada e; c) a recuperação total ou parcial do produto do crime. O art. 15 de referido diploma, de outro lado, visando à proteção e à integridade física do colaborador dentro ou fora da prisão, adota medidas voltadas à proteção ao réu colaborador, tal como a custódia em dependência apartada dos demais presos. As previsões contidas nos § 2º e 3º do art. 15 abrem margem ao juiz para que aplique as medidas que julgue necessárias à finalidade da lei.

A Lei Antitóxico (Lei n. 11.343/06), sem grandes novidades, prevê igual percentual de redução da pena ao indiciado ou acusado delator e determina como exigência, no art. 41, que sejam atingidos os resultados consistentes na identificação dos demais membros do grupo e na recuperação total ou parcial do produto do crime. Embora a lei utilize o termo colaboração, caberia aqui a utilização do termo delação, dado que a exigência de resultados é cumulativa.

O diploma normativo mais recente a disciplinar a matéria é a Lei n. 12.850/13. Traz definição de que organizações criminosas são associações de quatro ou mais pessoas, organizadas, ainda que informalmente, para obter vantagens pela prática de infrações cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos ou que sejam de caráter transnacional. A participação de funcionário público é caso de aumento de pena nas proporções entre 1/6 (um sexto) e 2/3 (dois terços), com afastamento do cargo e impedimento de exercício pelo prazo de 8 anos.

Prevê em seu art. 3º a colaboração premiada como meio de prova, cujo benefício consiste na redução de até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade, possível a substituição por pena restritiva de direitos àquele “que tenha colaborado

efetiva voluntariamente com a investigação e com o processo criminal” (BRASIL. Lei 12.850, 2016, art. 4º), desde que produza os resultados desejados pelo Estado.

Os objetivos perseguidos são a identificação dos demais coautores, a revelação da estrutura da organização ou a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa ou a localização da vítima, com preservação de sua integridade física (BRASIL. Lei n.12.850, 2016, art. 4º). O Ministério Público tem autorização para deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa e se for o primeiro a realizar efetiva colaboração. As negociações para a formalização de acordos de colaboração acontecerão entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor deste (BRASIL. Lei n. 12.850/16; 2016, art. 4º,§6º). A competência pública para a elaboração dos acordos é do delegado de polícia, na fase do inquérito, e do Ministério Público a qualquer tempo, sendo que este obrigatoriamente intervirá na primeira hipótese.

O diploma é o primeiro a elencar direitos do colaborador , quais sejam:

I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados (BRASIL, Lei n. 12.850, 2013, art. 5º).

Dispõe, ainda, especificações acerca do conteúdo dos acordos de colaboração, os quais devem ser escritos e devem conter relato da colaboração e seus possíveis resultados, as condições de proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia, declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor, especificações acerca das medidas de proteção dada ao colaborador e sua família quando esta se faça necessária (BRASIL. Lei n. 12.850, 2013, art. 6º). O art. 7º prevê a sigilosidade do acordo, que se finda com o recebimento da denúncia. O juiz poderá recusar a homologação do acordo que não cumpra com os requisitos legais.

Em síntese, as novidades trazidas pelo diploma são: a) a ampliação dos benefícios concedidos, possível agora a substituição da pena privativa de liberdade por

pena restritiva de direitos; b) instituição de rol de direitos do colaborador e; c) definição dos requisitos do termo de colaboração.

A aplicação da lei é relevante na investigação de crimes como a associação criminosa, “em que é comum a destruição de provas e ameaças a testemunhas”(BRASIL, Ministério Público), a lavagem de dinheiro, a qual “objetiva justamente a ocultar crimes”(BRASIL, Ministério Público) e a corrupção, “feito às escuras e com pacto de silêncio.”(BRASIL, Ministério Público).

CAPÍTULO II - DA INTERVENÇÃO ESTATAL E REGULAÇÃO ECONÔMICA

1. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

Por intervenção se entende atuação em área de outrem. Entende-se que a atividade econômica é característica da iniciativa privada. O exercício de atividades econômicas, outrossim, não seria, em origem, de atribuição do Estado, mas sim de agentes privados. A intervenção do Estado na Economia, contudo, justifica-se na medida de sua necessidade à manutenção do próprio sistema econômico.

Começa-se a falar em Direito Econômico por volta do início do séc XX, coincidente com o momento de Revolução Industrial, marcado pela crença de autodeterminação de mercado pelos agentes privados. Toda a situação calamitosa dos trabalhadores, em razão da frouxidão das leis estatais, somadas à questões sócioespaciais, como o êxodo rural e o crescimento de cortiços insalubres, resultaram na necessidade de intervenção do Estado no funcionamento econômico (BERCOVICI, 2003, p. 254).

A partir da primeira Guerra Mundial, são crescentes tanto a exigência popular por redemocratização quanto por maior controle estatal da economia. Assim, não obstante o liberalismo tenha permanecido como discurso hegemônico à época, enfraqueceu-se em vistas ao descompasso entre a opção de política econômica até então vigente e as necessidades sociais decorrentes de tal escolha. A partir de 1917, com a Constituição Mexicana, e 1919, com a Constituição de Weimar, viu-se a incorporação de conflitos sociais no texto constitucional. Então o Direito Econômico se consolida em acepção mais ampla, utilização do Direito como instrumento de harmonização entre a política econômica da acumulação de riquezas (BERCOVICI, 2003, p. 259) e as necessidades populacionais de interesse público.

O Direito Econômico tal como conhecido atualmente, tem como características que o particularizam a autonomia, o processo de judicialização da política pública, a

participação de sujeitos inerentes ao sistema econômico, a existência de um conjunto de normas de conteúdo econômico, o ideal de defesa e harmonização entre interesses individuais e coletivos e a relação com a ideologia adotada pela Constituição. Nesse sentido, o Direito Econômico tem por objeto o tratamento jurídico da política econômica e por sujeitos os agentes participantes do processo. O Direito Econômico, em acepção ampla, é sistema de normas cujos objetivos são a “promoção, limitação e direção das atividades lucrativas” (PETTER, 2007, p. 28).

O tratamento legislativo sobre o mercado se faz presente, no Brasil, desde o momento da colonização, com as primeiras medidas voltadas a regular a extração do Pau-brasil. Não obstante, há entendimento de que a intervenção do Estado na economia se deu desde o momento em que este assumiu para si o monopólio do poder monetário emissor. Em sequência, consagrou-se o intervencionismo no exercício do poder administrativo de polícia e ainda no exercício do poder legislativo. Nesse caso há intervenção estatal econômica direta (GRAU, 2010). Mesmo com a transição do Império para o primeiro período Republicano, quando vigoravam majoritariamente ideais liberais, via-se o Estado atuar no setor econômico.

Com a Revolução de 1930, quando o paternalismo estatal ganhou força, houve crescimento das ações fiscalizadoras, reguladoras e planejadoras do Estado sobre as questões econômicas, requerendo atuação mais incisiva, por conta do momento vivido com o fim da Segunda Guerra Mundial, quando as economias nacionais clamavam reconstrução.

Com a queda dos governos ditatoriais e o processo de redemocratização, ganhou força as políticas neoliberais. Nesse momento observou-se novo movimento estatal no sentido de menor intervenção econômica, comparando-se com o período anterior.

André Saddy define poder como “energia que movimenta o homem e a sociedade para a realização de objetivos” (2009, p. 60); por ordem, a organização dos fenômenos de poder, de modo a assegurar segurança à sociedade. Organizada a sociedade sob a égide do Estado, tal segurança deve se refletir na previsibilidade das atuação pública. “Nesse contexto, o Estado é meio para a consecução dos fins da

sociedade, hoje normalmente positivados na Constituição.” (2009, p. 61). Para Washignton Peluso, “a intervenção traduz as exigências da própria mutação social” (2005, p. 327).

A Constituição Federal de 1988 o tratamento da ordem social e ordem econômica era feita em um só título. Em observância ao fato de que a política econômica adota pela Constituição acompanha às necessidade do mercado, num contexto neoliberalista, o tratamento à ordem social passa a integrar o mesmo título que dispõe acerca da ordem financeira. Quanto à ordem econômica, o texto apresenta como princípios a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, este último entendido como limitador do primeiro. Como finalidades, estabeleceu a garantia social de existência digna e justiça social (MASSO, 2013, p. 43).

A legalidade é o princípio que dirige as ações estatais para a execução de seus objetivos sociais. Ao contrário da regra dada ao indivíduo, no sentido de que tudo que não é proibido é permitido, nas relações envolvendo agentes da Administração Pública as ações devem observar por estrita legalidade, princípio da matéria. Igualmente revestida de legalidade normativa deve ser a intervenção do Estado sobre/na economia. Garante-se, dessa forma, a previsibilidade das condutas estatais ante aos administrados. A intervenção do Estado na economia visa proteger os princípios constitucionais respectivos, observados os limites ali estabelecidos.

Por ordem jurídica econômica é possível entender a organização sistemática de princípios e normas jurídicas direcionados às questões econômicas. A Constituição Federal de 1988 adota modelo de regime de mercado, com processo econômico social-liberal, afastado, portanto, do modelo puro de liberalismo. A aura liberalista permanece, dada negação ao dirigismo estatal. Contudo, ao contrário do liberalismo clássico, agora se permite e requer a intervenção do Estado para a satisfação dos objetivos sociais constitucionais. Estabelecidos preceitos e princípios que digam respeito à ordem econômica estabelecida, a intervenção estatal apenas se justifica a fim de garanti-los. Portanto, a intervenção deve ter por finalidade a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa (GRAU, 2010, ps. 191/192), decorrente desta a liberdade de comércio (liberdade pública) e a liberdade de concorrência (liberdade privada).

Washington Peluso pontua que a adoção de medidas intervencionistas se fazem possível, num contexto neoliberal dirigista, em razão da coexistência dos elementos seguintes:

1) poder econômico central; 2) funcionamento de um aparelho de estudos e de preparação de decisões; 3) administração paralela encarregada da execução das decisões econômicas; 4) planejamento; 5) regulação – agências reguladoras; 6) contratação com particular para efetuar medidas de responsabilidade natural do Estado (SOUZA, 2005, p. 343).

Historicamente, o desenvolvimento do capitalismo dependeu de uma aliança entre o setor privado e público. E assim a intervenção do Estado na economia capitalista acontece desde o advento do sistema. Desde a Revolução Industrial, quando o aparato estatal foi utilizado para limitar as extensivas jornadas de trabalho em fábricas, há intervenção do Estado sobre e na economia. Não obstante as críticas acerca do intervencionismo estatal, elaboradas especialmente por liberais e neoliberais, tal medida busca justamente a manutenção do sistema econômico vigente, evitando seu colapso e harmonizando-o às necessidades da população.

Se o modelo liberal clássico prioriza em absoluto a propriedade privada, com o advento do capitalismo assistencial, adotado pela Constituição de 1988, reclama-se que o Estado tome para si a responsabilidade parcial no fornecimento de produtos e prestação de serviços essenciais ao desenvolvimento econômico-social (GRAU, 2010). Por mais que se elaborem críticas aos processos de estatização e intervenção estatal na economia, o esperado é que esses sejam sempre adequados e coerentes com relação ao desenvolvimento do sistema vigente, de forma a atender aos interesses capitalistas.

A atuação intervencionista deve considerar: a) a Política Econômica Geral, somatória de Política Conjuntural¹, com Política de Médio Prazo e Política Estrutural; b) as Políticas Setoriais, referentes às medidas específicas às peculiaridades de cada um

¹ Com relação à Política Conjuntural, anota o professor as contribuições de Keynes ao Neoliberalismo, destacando-se medidas relacionadas às Políticas Fiscal e Orçamentária que não se confundam com estas, já que a Política Conjuntural é mais ampla. É também mais relacionada ao Direito Econômico por primar pela disponibilização de instrumentos “*de expansão ou retração do desenvolvimento, ou do controle do crescimento de toda a economia*”. Com relação à Política de Médio Prazo, o professor a relaciona às políticas de defesa da concorrência e de proteção ao emprego, ao passo que relaciona a Política estrutural à política de investimentos adotada pelo ente administrativo. (SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras linhas de Direito Econômico. 6ª ed. Editora LTR : São Paulo; 2005, ps. 324/325)

dos diversos ramos da atividade econômica, e ; c) a Política Econômica Privada em face à Política Pública (SOUZA, 2005, ps. 324/325).

Distingue-se atuação estatal de intervenção estatal. A primeira diz respeito a ação do Estado tanto no âmbito público quanto no âmbito privado, ao passo que ao falar em intervenção nos referimos, especificamente, à ação do Estado na esfera de domínio do setor privado. Nas palavras de Eros Grau, “intervenção conota atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito; atuação estatal, ação do Estado no campo da atividade econômica em sentido amplo.” (2010, p. 145). Tal interpretação é extraída do art. 149 da CF, norma que atribui à União competência exclusiva para “instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas.” (BRASIL, 1988).

Os objetivos da intervenção se definem pela ação do Estado de coordenar, regular, controlar e regulamentar questões econômicas a fim de salvaguardar os interesses da coletividade (SOUZA, 2005). Os fins que justificam a intervenção estatal no âmbito do Direito Econômico tem alto grau de mutabilidade e deve acompanhar com igual rapidez a adoção de instrumentos que garanta a eficiência da medida.

2. MODALIDADES E INSTRUMENTOS DISPONÍVEIS

A divisão clássica das formas de intervenção estatal na ordem econômica diz que esta pode ser direta ou indireta. A intervenção direta do Estado acontece quando este participa como agente explorador de atividade econômica, em regime de concorrência ou monopólio, o que é situação excepcional. A atuação indireta, por sua vez, caracteriza-se pela atuação do Estado como agente normatizador ou regulador das atividades econômicas, o que inclui as funções de fiscalizar, incentivar e planejar o desenvolvimento das atividades econômicas (MASSO, 2013, ps. 57/58).

Washington Peluso, em seu Primeiras Linhas de Direito Econômico, lista critérios possíveis à classificação de formas de intervencionismo estatal. Pelo aspecto

histórico, utiliza a teoria de Karl Mannheim, para definir períodos de intervenção estatal, consoante critério temporal: a) o período absolutista, com ação absoluta e ilimitada do Monarca, consoante suas vontades e necessidades; b) o período liberal, marcado por baixo grau de complexidade das operações privadas, razão pela qual vigorava a crença na suficiência da autorregulação, a respeito do qual se propaga a desnecessidade de intervenção estatal, muito embora esta se fizesse presente; c) período de paternalismo estatal, quando este passa a interferir defensivamente nas relações privadas a fim de proteger as pequenas empresas das grandes, bem como proteger as empresas nacionais das estrangeiras; d) início do período neoliberal, quando a intervenção estatal surge para impedir desajustes; e) o que não bastava por si só, razão pela qual se inaugura período que prioriza e aperfeiçoa técnicas de planejamento. Também é possível classificar as modalidades por critérios evolutivo e tecnológico da economia adotada (SOUZA, 2005, ps. 329).

Já Eros Grau adota a divisão das modalidades de intervenção em três, tal como proposta por Gerson Augusto da Silva, quais sejam: a) intervenção por participação ou absorção; b) intervenção por direção; c) intervenção por indução (GRAU, 2010).

A intervenção do Estado por participação ou absorção acontece quando há atuação deste no domínio econômico. Por absorção quando o Estado toma para si a responsabilidade integral dos meio de produção em forma de monopólio e por participação quando o faz no regime concorrencial. Na intervenção estatal por direção e por indução, a atuação do Estado se dá sobre o domínio econômico, circunstâncias nas quais o Estado exercerá seu papel regulador.

Quando o faz por direção, o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito. Quando o faz por indução, o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento do mercado (GRAU, 2010, p. 147).

Nas duas últimas formas de atuação, o Estado atua como regulador da economia, no primeiro caso, por meio de normas de caráter compulsivo, no segundo caso com normas de caráter prescritivo. Um exemplo de intervenção por indução se extrai do julgamento da ADI 3.512-6/ES, na qual restou decidida a improcedência do pedido de

reconhecimento de inconstitucionalidade da Lei Estadual capixaba n. 7.735/04, que institui o pagamento de meia entrada em todos os locais públicos de cultura, esporte e lazer para doadores regular de sangue. Por meio de tal medida, o poder estadual interfere por indução na ordem econômica, estimulando comportamento social de caráter estritamente gratuito por meio da concessão de benefícios dados no campo do mercado.

Quando o Estado atua sobre o domínio econômico, tem por objetivo regular o processo de produção mediante imposição de regras de condutas aos agentes. A ação por indução está relacionada a imposição de sanções premiais, ao passo que a ação por direção se relaciona a imposição de sanções negativas.

André Ramos Tavares propõe que a intervenção do Estado no domínio econômico acontece, em síntese, por meio dos seguintes instrumentos: a) regulação; b) regulamentação; c) intervenção monopolista; d) poder de polícia; e) intervenção através de incentivos à iniciativa privada; f) atuação empresarial; g) função fiscalizatória; h) atuação financeira; i) atuação sobre a localização da atividade econômica; j) intervenção empresarial do Estado; l) intervenção no processo de produção; m) intervenção na fase de distribuição; n) atuação reservada ao setor público (2006, ps. 181 e ss).

Traz lições no sentido de que, para Diogo Moreira Neto, a classificação das modalidades de intervenção do Estado, em vistas aos instrumentos disponíveis, são: a) regulação; b) atuação concorrencial; c) atuação monopolista e; d) atuação sancionatória. Explica, ainda, que Celso Bandeira de Mello identifica os seguintes modos de intervenção: a) poder de polícia; b) incentivos à iniciativa privada e; c) atuação empresarial. Classificação essa também de Luís Roberto Barroso (apud TAVARES, 2006, p. 180).

Classificando as modalidades de intervenção de acordo com a incisividade desta, temos que pode ser : a) ofensiva, caracterizada pela criação de empresas que atuam em nome do Estado; b) defensiva, caracterizada por expedientes como o tabelamento de preços e; c) intermediária, caracterizada pela adoção de medidas controladoras e reguladoras, esta última caracterizada pelo atual contexto de criação de Agências

Reguladoras. Também é possível falar em intervencionismo legislativo ou executivo (SOUZA, 2005, ps. 330/331).

Quanto sua efetividade, é possível classificar as modalidades de intervenção em: a) intervenção legislativa, voltada à produção de normas; b) intervenção executiva, voltada à fiscalização e aplicação das normas.

3. REGULAÇÃO ECONÔMICA

O momento econômico neoliberal é marcado pela transição do *status* estatal de fornecedor de serviços para um situação onde o Estado assume as funções de regular. O Estado como regulador ganha forças a partir da década de 1980, com o decréscimo do modelo intervencionista direto e crescimento dos movimentos liberais. Dita transição de modelos econômicos é facilitada em razão do novo contexto social após os períodos de Guerra: houve aumento populacional, reflexo de um período de paz, prosperidade e paternalismo estatal, que resultou na ineficiência estatal no atendimento de todas as demandas.

Em razão da sistemática intervenção do Estado na economia privada, inevitável até mesmo nos modelos liberais clássicos, o tratamento jurídico da regulação estatal é feito em graduações de intensidade. Ou seja, fala-se em períodos de necessidade de maior ou menor regulação, mas não se considera no capitalismo de mercado a inexistência de regulação. (SOUZA, 2005, ps. 330/331). Não obstante a tentativa elaborada por alguns no sentido de propor a utilização de instrumentos regulatórios como alternativa ao intervencionismo estatal, alinhamo-nos a assertiva de Washington Peluso no sentido de ser a primeira espécie da segunda, entendendo-se intervenção por gênero e regulação por espécie, meio pelo qual o Estado intervém na economia.

Para conceituar regulação econômica, duas anotações iniciais são importantes. A primeira é que inexiste conceituação inequívoca acerca de seu significantes, dado sua abrangência. A segunda é que a regulação não pode ser entendida como fórmula milagrosa de atuação do Estado sobre a economia, devido que se afaste a dicotomia

errônea formulada por alguns no sentido de opor regulação estatal da intervenção do ente (TAVARES, 2006, p. 120). Em vistas ao contexto econômico de menor intervenção estatal direta na economia, acentuada após a queda de governos ditatoriais e do Estado provedor, notou-se significativo aumento de importância do setor privado na formação do PIB nacional, junto a necessidade de adotar medidas regulatórias para evitar abuso de poder econômico.

Consequentemente, a atuação do Estado, outrora direta, agora é exercida por meio da utilização de “instrumentos pelos quais o Estado fixa as diretrizes, estimula e controla a atuação dos agentes privados.”(TAVARES, 2006, p. 121). Logo, consequência do declínio do modelo de estado provedor são o incremento da intervenção sob a forma de parcerias com o setor privado, a qual é endossada por processos licitatórios, e desenvolvimento de atuação sobre a economia por meio de regulação da atividade privada.

Feitas tais considerações, é possível, consoante as palavras de Vital Moreira, traduzir a regulação econômica, numa primeira aproximação, em restrição ou condicionamento de mercado. A restrição tem impacto especialmente na aplicação do princípio da livre iniciativa. Já o condicionamento se dá por meio da adoção estatal de normas e medidas reguladoras destinadas a minimizar os impactos negativos da concentração de mercado, em prol do interesse público. Nas palavras do autor, que a atividade regulatória “consiste fundamentalmente na formulação, implementação e efetivação de regras para a atividade econômica, destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos”. (MOREIRA, 2013, p. 46)

Regulação é modalidade de intervenção estatal, classificada quanto ao seu conteúdo e forma. Caracteriza-se pela imposição, por meio de lei, de determinações acerca do desenvolvimento de atividades econômicas visando ao interesse público. Consoante estabelece Diogo Moreira Neto, a intervenção regulatória se caracteriza pela imposição, por norma legal, de prescrições positivas e negativas, sobre o desempenho de atividades econômicas ou sociais privadas, visando à prevalência de interesses públicos específicos e legalmente definidos. (...) entende que a regulação é uma função administrativa, que não decorre, assim, do exercício de uma prerrogativa do poder político, mas muito pelo contrário, decorre da abertura, pela lei, de um espaço decisório reservado a uma ponderação

politicamente, neutra de interesses concorrentes em conflitos setoriais, potenciais ou efetivos(TAVARES, 2006. p. 181/182).

Nesse mesmo sentido, há autores que entendem por regulação econômica toda intervenção que aconteça sem a assunção direta, por parte do Estado, da exploração das atividades econômicas. Washington Peluso (2005), destaca a natureza regulatória dos atos de intervenção estatal, a qual seria suscetível e se realizaria em diferentes graus. No primeiro grau, ao regular e coordenar, o objetivo é assegurar certo número de equilíbrios, como o da balança de contas e de pagamentos, o monetário, o pleno emprego, o da procura global, e assim sucessivamente. No segundo grau, o estabelecimento da regulação pode produzir diferentes efeitos, o que varia de acordo com as circunstâncias, especialmente com respeito à moeda, ao crédito e às trocas exteriores.

Para Calixto Salomão Filho, regulação “engloba toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia” (2001, p.15). Há autores que entendem por regulação econômica toda intervenção econômica que aconteça sem a assunção direta, por parte do Estado, da exploração das atividades econômicas. Dessa forma, tal como o é para Calixto Salomão Filho, a regulação e a intervenção econômica não se diferenciam, eis que aquela é indissociável das funções normativa, fiscalizado e indutora do Estado. A melhor acepção de regulação estatal, portanto, aproxima-se das modalidades de intervenção estatal indireta na economia, eis que a participação direta do Estado na atividade empresarial cede lugar à intervenção por condicionamento ou coordenação, ou por indução do funcionamento econômico.

No Brasil foi comum que se defendesse a desregulação da economia, contudo essa seja uma interpretação literal da palavra, mas não de seu significado. Eros Grau (2010) aponta que “a *desregulation* dos norte americanos está para a *regulation*, assim como, para nós, a regulação está para a regulamentação.” Em realidade, a *desregulation* norte-americana relaciona-se em sentido à regulação econômica, modelo de intervenção estatal.

No contexto neoliberal atual, em que a administração pública é legitimada pelos resultados alcançados, têm-se o que conhecemos por *soft-regulation* (regulação fraca), entendida como uma regulação de consenso com relação às atividades privadas, marcada pela transição de uma regulação hostil para uma regulação amigável ao mercado. A regulação, anteriormente atrelada à ideia de intervencionismo estatal forte, com tabelamento de preços, tem agora características mais sutis, vigente “um sistema amigo e estimulante da constituição”(SADDY, 2015), que visa atingir um funcionamento mercadológico perfeito, que é pró mercado e pró concorrência. O atual momento da administração exige a articulação entre os princípios da legalidade e da eficiência.

Leonardo Vizeu divide a regulação entre privada e pública. A regulação direcionada ao setor privado tem por objetivo:

prevenir práticas abusivas, corrigir assimetrias informativas em defesa do consumidor, garantindo, ainda, o cumprimento das políticas adotadas para condicionamento do exercício de poder econômico por parte dos agentes de mercado, (FIGUEIREDO, 2014, p. 437)

São instrumentos de regulação os atos normativos, a mediação entre interesses dos setores públicos e privados, o exercício do poder de polícia e o fomento. Anota-se que os mecanismos de regulação estatal se diferem dos instrumentos de regulação na medida em que os primeiros dizem respeito à regulação setorial.

De Washington Peluso (2005), a regulação econômica é uma das modalidades de aplicação da política econômica adotado pelo Estado no funcionamento do mercado. No contexto atual, a regulação econômica é utilizada com o fito de normalizar falhas de mercado, que podem ser deficiências na concorrência, na distribuição de bens essenciais coletivos, em externalidades, em assimetria de informações ou em poderio e desequilíbrio de mercado (FIGUEIREDO, 2014).

É possível observar a regulação por duas vias de atuação, uma destinada a setores específicos de mercado, que se caracteriza na figura das Agências Reguladoras: aqui a intervenção é direcionada à serviços essenciais, como telefonia e fornecimento de eletricidade; e outra que é mais genérica, se mostra por meio da criação do Sistema

Brasileiro de Defesa da Concorrência e tem por objetivo a proteção da ordem econômica, defesa da concorrência e defesa do consumidor (GABAN, 2004). Esta é tratada com maior ênfase no presente estudo, que tem por objeto análise da eficiência da colaboração premiada como instrumento de regulação da concorrência.

Conclui-se, portanto, que a atividade regulatória, em síntese, é o exercício de intervenção estatal que tem por objetivo garantir o equilíbrio de interesses de agentes econômicos privados com o bem estar social, correspondente à satisfação do interesse público. Direcionada à economia como um todo, tal modo de regulação é assunto de que trata a Lei n. 12.529/11, razão porque é diploma legislativo central do presente estudo.

CAPÍTULO III - DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA CONCORRÊNCIA

1. DIREITO CONCORRENCIAL

Não obstante o entendimento de que o surgimento da disciplina concorrencial, instrumento estatal de intervenção econômica indireta, se dá concomitante ao surgimento do estado liberal, o fenômeno da concorrência é anterior, e se verifica desde o momento em que duas pessoas ou mais estejam dispostas a trocar, comprar ou vender a terceiro o mesmo bem, ou bens intercambiáveis. A concorrência existe desde que existe mercado. O termo concorrência aparece na literatura já no aristotélico *Ética* (FORGIONI, 2012, p. 35). Muito embora a palavra seja amplamente usada com fins econômicos, carrega consigo desde suas origens uma carga valorativa de cunho moral.

Fundada a Constituição nos preceitos fundamentais à ordem econômica (livre iniciativa, defesa do consumidor, defesa da concorrência, soberania nacional e valorização do trabalho), não incomum é verificar descompasso entre tais princípios e os objetivos privados de *players* do mercado, na busca pelos lucros. Para que a concorrência praticada aproxime-se dos valores constitucionais elencados, faz-se necessária a intervenção estatal no sentido de “investigar, apurar, comprovar e condenar as práticas lesivas aos ideais objetivados.” (NEVES, 2010, p. 37).

Paula Forgioni define o direito antitruste “(...)como técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência.” (2012, p. 83). A judicialização da política econômica adotada visa a atender as necessidades humanas, consolidando-as harmonicamente aos recursos disponíveis no mercado.

A necessidade de atuação estatal sobre as questões de mercado é deveras mutável, e tal mutabilidade está agora intrinsecamente relacionada às novas tecnologias disponíveis no período. A intervenção do Estado na concorrência deve observar o grau de complexidade das operações econômicas sobre as quais incidirá. Foi com a Revolução Industrial que se inaugurou a chamada de intervenção do Estado na

economia, e desde então é devido ao Estado observar a realidade fática para intervir tão apenas na medida da manutenção do contexto econômico-social vivido. Consoante as novas técnicas de prática de mercado aparecem, modificam-se os instrumentos utilizados pelo Estado para atingir os objetivos regulatórios, justificados pelo melhor interesse público.

É matéria de interesse do Estado a manutenção da concorrência, porque quando as disputas por mercado são limpas, os *players* são pressionados a serem mais eficientes, fornecendo a seus consumidores produtos de maior qualidade, com maior variedade, pelo menor preço. Sua importância também se demonstra na proteção ao princípio da livre iniciativa, garantindo-se a entrada de novas empresas no mercado.

Em uma economia de mercado competitiva, os sinais de preço (e de lucro) tendem a ser livres de distorções e criar incentivos para as empresas redirecionarem recursos de utilização menos valiosa para a de maior valor agregado. A tomada de decisões de forma descentralizada pelas empresas promove a alocação eficiente dos escassos recursos da sociedade, aumenta o bem-estar do consumidor e estimula a eficiência dinâmica na forma de inovações, a mudança tecnológica e o progresso na economia como um todo. (KHEMANI, Org., 2003, p. 29)

Os principais objetivos da adoção de políticas concorrenciais pelo Estado são a proteção ou promoção da concorrência eficaz e, a prevenção ao abuso de poder econômico, impedindo-se que o poderio de mercado seja usado como “proteção aos consumidores e produtores que querem liberdade para agir de forma anticompetitiva.” (KHEMANI. Org., 2003, p. 33). Os arranjos entre fornecedores normalmente é indicativo da prática anticoncorrencial. Explica-se, entretanto, que nem todo acordo entre fornecedores é anticompetitivo; o é quando o acordo envolve restrição flagrante, há limitação da produção e aumento de preços.

A política de defesa da concorrência pátria é dividida em: preventiva, repressiva e advocacia da concorrência. “(...) deve ser considerada o quarto alicerce do sistema de políticas governamentais, ao lado das políticas monetária, fiscal e comercial.” (KHEMANI, Org., 2003, p. 43).

Por meio da atuação preventiva, as autoridades analisam fusões e aquisições de modo a preservar uma estrutura competitiva de mercado. Por meio da atuação repressiva, analisa-se condutas com potencial lesivo à

concorrência. Por meio da advocacia da concorrência, as autoridades divulgam a outros entes públicos e à sociedade em geral a importância da concorrência e como fazer para colaborar com as investigações (BRASIL. CADE, 2008. Combate a Cartéis e Licitações. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/cartilha_licitacao.pdf> p. 05).

Quanto aos instrumentos disponíveis à realização da política de concorrência, pode-se dividi-los em duas classes: em estruturais, relacionados à fusões e monopólios, e comportamentais, referente às condutas adotadas pelos *players*, por exemplo a realização de acordos anticompetitivos (KHEMANI. Org., 2003). O Conselho Administrativo de Defesa Econômica é atualmente o órgão competente à proteção da concorrência por lhe ser incumbido as atividades de fiscalizar, investigar, apurar e decidir acerca da legalidade de condutas verticais ou horizontais dos agentes de mercado.

2. ATUAÇÃO DO CADE

2.1 Origem do CADE

Logo após a independência do Brasil, momento a partir do qual é possível se falar na formação de um Estado Nacional, a proteção econômica do mercado interno se mostrava incipiente, já que o mercado estava abastecido com produtos estrangeiros, sendo inexpressiva a transação comercial de produtos nacionais. Esse quadro começa a se modificar quando do primeiro surto de industrialização no país e se consolida com o início da Era Vargas, período marcado pelo acentuado intervencionismo estatal na realidade socioeconômica da época. A postura estatal adotada na Era Vargas se justificava na necessidade de proteção da economia interna após o Crack da Bolsa de Nova York, em 1929, momento de crise econômica mundial, que resultou mudança da política econômica do mundo todo.

A partir daí a política liberal então vigente perde espaço para uma política sócio econômica de Bem Estar Social. Uma justificativa usada pelo governo da época para explicar a perpetuação ditatorial de Getúlio no poder, aliás, era a necessidade de um Estado forte para se atingir o desenvolvimento do mercado interno. A Constituição de

1934 acompanha as necessidades sociais, trazendo, pela primeira vez, indicações acerca da ordem econômica. O art. 115 da CF/34 trata da liberdade econômica, limitando-a para que acompanhe os requisitos da justiça social e as exigências de promoção de condições de subsistência digna. Na prática, dava amplos poderes ao Estado para intervir na econômica, o que era possibilitado pela amplitude e indefinição dos termos adotados pelo constituinte.

Apenas em 1938 é que houve a primeira disposição infraconstitucional sobre a concorrência. O Decreto Lei n. 869/38 vinha no sentido de definir crimes contra a ordem econômica popular, bem como as medidas punitivas cabíveis, considerado, portanto, um embrião da atuação estatal combativa que ainda hoje apresenta o direito concorrencial (FORGIONI, 2012, p. 99). Aqui, o objetivo era proteger e fortalecer o mercado emergente, garantindo, assim, que os participantes do mercado nacional continuassem a lutar com seus impostos.

Ainda no governo Vargas, Agamenon Magalhães, ministro da Justiça à época, passa a defender o Decreto Lei n. 7.666/45, legislação voltada ao combate de abusos na ordem moral e econômica, envolta de nacionalismo e protecionismo. A Lei Malaia (Decreto- Lei n. 7.666/45) tinha forte influência do direito de concorrência estadunidense e desagradou as empresas estrangeiras, já que as vantagens de se instalar no Brasil, relativas ao baixo controle legislativo, estavam postas em cheque. É considerado o início do direito antitruste no Brasil, ainda que sua revogação tenha vindo logo com o fim do governo Vargas (FORGIONI, 2012, p. 101).

Em 1946, foi contido no texto constitucional um projeto de combate aos abusos causado em exercício do poder econômico. Significa que nesse período foram preocupações do Estado combater quaisquer atos cuja finalidade fosse de dominar o mercado interno, eliminando concorrência e majorando preços de produtos inexplicavelmente.

Em 10 de setembro de 1962 é aprovada a Lei n. 4.137, sancionada por João Goulart logo após a renúncia de Jânio Quadros. Em seu art. 8º, instituiu a criação de Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE (CARVALHO, RAGAZZO ;

2013). Na época, o órgão era vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, composto pelo Presidente da República e mais quatro membros de ilibada reputação, explicitando cunho de forte moralismo, aos moldes do projeto lei que escrevera Agamemnon Magalhães em 1948. A partir da publicação da Lei n. 4.137/62 o CADE passou a acumular os poderes de apurar, investigar, controlar, direcionar e punir abusos de poder econômico.

Até a década de 80, contudo, sua atuação era considerada pouco expressiva, tanto em razão do ambiente econômico do país quanto pelo modelo desenvolvimentista adotado. Visto contexto histórico interno em que se iniciou a vigência da Lei n. 4.137/62, período de ditadura militar, logo se compreende porquê a movimentação da economia foi decidida mais em razão das opções políticas dos ditadores do que por respeito ao texto legal. Na ditadura das décadas de 60 e 70, mais importante que aplicar as normas, era promover o crescimento econômico, o grande milagre brasileiro, ainda que por meio de práticas passíveis de punição, tal como o fortalecimento das empresas nacionais via fusões e incorporações, que resultaram dominância de mercado relevante, com a finalidade de formar grandes grupos econômicos nacionais.

A Constituição de 1988 consagra no art. 170 o princípio da livre concorrência, componente da ordem econômica, que tem por preceitos a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. O princípio da livre concorrência é um desdobramento do princípio da livre iniciativa, a qual pode ser dividida em uma liberdade pública e uma liberdade privada. A liberdade de concorrência é o aspecto de liberdade pública do princípio da livre iniciativa.

A liberdade concorrencial relaciona-se intrinsecamente com o princípio econômico de defesa do consumidor, na medida em que o bom funcionamento do mercado competitivo induz a distribuição de recursos por menor valor monetário. A repressão ao abuso de poder econômico é objetivo consagrado no texto Constitucional no art. 173 §4º - “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação do mercado, à eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.” (BRASIL, Constituição Federal, 1988), sendo medida constitucionalmente prevista de ação contra atos lesivos à concorrência.

A partir de 1991 o CADE sofre novas modificações com a aprovação da Lei n. 8.158/91. Em seu art. 14 as atribuições do órgão são modificadas, mas a matéria de competência foi mantida. O órgão ganha força, pois passa a ter função judicante. Ou seja, nesse período passa a funcionar como um tribunal administrativo com função repressiva e preventiva no tocante às infrações contra a ordem econômica. Ainda nesse momento o CADE funciona junto à Secretaria Nacional de Direito Econômico do Ministério da Justiça, o que significa que embora suas atividades fossem autônomas, não tinha personalidade jurídica própria. Essa situação é alterada em 1994, com a publicação da Lei n. 8.884, quando o CADE passa a ter *status* de órgão autárquico. Passa a ter, inclusive, Procuradoria própria, cujas competências estão elencadas no art. 10º da Lei n. 8.884/94

A força que ganha o CADE nas últimas décadas em contexto nacional apresentam explicação na própria evolução legislativa sobre o tema. Se no início era um órgão vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, outrora fora vinculado ao Ministério da Justiça, agora é ente autônomo, classificado como autarquia federal, cuja competência é de âmbito nacional. Se antes recebia o processo era instruído pela SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico) ou pela SDE (Secretaria de Direito Econômico) e incumbia ao CADE apenas a tarefa de julgar as matérias, agora é responsável por toda a persecução administrativa em matéria de infração à ordem econômica, o que significa a concentração de competência em matéria de Direito Econômico na figura do órgão autárquico.

2.2 A LEI 12.529/11 E O SUPER CADE

A Lei n. 12.529/11, vigente desde 29 de maio de 2012, criou o Sistema Brasileiro da Concorrência, cujos objetivos são a prevenção e a repressão às infrações à ordem econômica. Sua atuação é sobretudo administrativa. As decisões preventivas e repressivas são orientadas pelos princípios constitucionais da livre iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores (consequência do saudável funcionamento da concorrência) e da repressão ao abuso do

poder econômico. O diploma estabelece as diretivas normativas atualmente aplicáveis em matéria de direito concorrencial no âmbito nacional. É, portanto, o instrumento infralegal utilizado atualmente no Brasil com a finalidade de proteger a concorrência e o bom funcionamento do mercado

A nova organização do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) opta por concentrar algumas das funções que eram de competência da Secretaria de Direito Econômico para o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, razão pela qual se diz que a Lei n. 12.529/11 criou o Super CADE. O SBDC é composto pelo CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, sendo desta as atribuições de “promover a concorrência em órgãos do governo e perante a sociedade” (BRASIL. Lei 12.529, 2011, art. 19).

O Super CADE é dividido em três órgãos: o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, a Superintendência- Geral e o Departamento de Estudos Econômicos. A divisão mencionada se dá aos moldes das legislações de defesa da concorrência de países estrangeiros.

O Departamento de Estudos Econômicos é responsável pela elaboração de estudos e pareceres com conteúdo de Direito Econômico. A legislação diz sobre a necessidade de ser dirigido por um Economista-Chefe cujas atribuições incluem zelo pelo rigor e manutenção técnico-científica dos pareceres emitidos. Na legislação anterior inexistia previsão de órgão com a função de editar estudos no Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a inovação aconteceu por meio da edição da Resolução 43/2009. Nesse sentido, a legislação de 2011 mostra que compilou muitas das disposições aprovadas pelo CADE em resoluções. O art. 18 da lei indica que o Economista-Chefe será nomeado pelo Superintendente-Geral e pelo Presidente do Tribunal.

As funções que outrora eram de competência da Secretaria de Direito Econômico, passam agora à responsabilidade da Superintendência-Geral do CADE. São de sua incumbência, entre outras, o acompanhamento de atividade e práticas comerciais de empresas em posição de dominância a fim de prevenir eventuais infrações

econômicas, promoção de procedimentos preparatórios à instrução de processos administrativos, decidindo ainda sobre a consistência dos indícios, sobre o arquivamento do processo, requisição de documentos, etc.

Art. 13, V - instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimento para apuração de ato de concentração, processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica (BRASIL, Lei 12.529, 2011).

É da Superintendência-Geral do CADE as competências para promover investigações, formular inquéritos e decidir sobre eventual arquivamento das investigações de infrações econômicas, tudo isso em esfera administrativa. O conteúdo legal da norma supracitada implica no aumento de concentração de tarefas na figura do órgão, porque majora os poderes de investigação do CADE. O conteúdo da lei, ademais, é significativo do atual momento econômico do país. O poder de investigação administrativa concedida ao CADE, desse modo, é reflexo do implemento, em complexidade, dos atos lesivos à ordem econômica. Diante do aparato tecnológico facilitador da prática de infrações de colarinho branco, exigiu-se recrudescimento do exercício de poder de polícia de combate às infrações contra a ordem econômica.

O caput do art. 6º define o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica como órgão julgante. O termo não é tecnicamente o mais apropriado, tal que a Constituição Federal dispõe sobre um rol taxativo de órgãos judicantes no qual não se inclui o CADE, cujo termo mais apropriado seria o de órgão jurisdicional. Isso porque é de competência do órgão a decisão sobre existência de infrações, aplicação de sanções, aprovação de termos de cessação de infração, entre outras espécies de decisões, compromissos e acordos que visem à redução de práticas anticompetitivas. O Tribunal é composto por um Presidente mais seis Conselheiros de reputação ilibada, sendo o mandato de 04 (quatro) anos.

A Procuradoria Geral tem por função zelar pelo cumprimento das decisões do CADE. Tais decisões, até poucos anos atrás, eram desacreditadas, porque delas eram cabíveis o ajuizamento de liminares de caráter impeditivo ou retardatário das decisões proferidas. Isso dificultava a eficiência das decisões do órgão, dado que sofriam

reformas ou formais ou materiais quando submetidas à apreciação judiciária. (ANDERS, et al ; 2012). A Procuradoria-Geral do órgão tem por objetivo a pronúncia de maior número de sentenças positivas ao CADE.

Há intenção de aproximar a Superintendência-Geral do CADE da Procuradoria Federal. O art. 14, inciso VI, alínea c, da Lei n. 12.529/11 informa a possibilidade de pedir a apreensão de objetos, documentações e outros materiais essenciais à comprovação de existência de práticas anticoncorrenciais, situação na qual o CADE deverá requerer o mandado de busca e apreensão, frente ao Judiciário, por intermédio da Procuradoria Federal. Compete à Procuradoria Federal Especializada, dentre outras funções, a promoção da execução judicial das decisões e julgados do CADE, representando-o tanto na esfera judicial quanto na extrajudicial. A Procuradoria do CADE é tida como órgão da Advocacia Geral da União (TAUFICK ; 2012). O estreitamento da relação entre os órgãos é medida visada pela Lei 12.529/11 porque visa a tornar o diálogo promovido com o poder judiciário mais célere e eficaz.

Antes atrelada organicamente ao Ministério da Justiça, agora o CADE se constitui em autarquia federal. O art. 4º da lei destaca a perpetuidade de vinculação existente entre as instituições. A nova redação legal divide a autarquia em órgãos, a fim de garantir uma divisão de tarefas que dissolvesse dúvidas sobre a qualidade das decisões proferidas, sobre sua tempestividade e responsabilidade de cumprir com as obrigações decorrentes de todas as funções acumuladas. Um argumento favorável à concentração de poderes na figura do CADE é a racionalização do processo, o que garante celeridade e especialização, ganho de eficiência e qualidade na tratativa.

Contudo, há críticas acerca da distribuição da autonomia entre os componentes do órgão, tal como a formulada no sentido de que os poderes do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica e da Superintendência Geral sejam desproporcionais. A crítica justifica que, em teoria, ao superintendente é dado o poder de decidir sozinho algumas questões de grande relevo, sem se submeter ao crivo do Tribunal, a quem compete, em regra, as decisões acerca de direito concorrencial.

A atuação do CADE tem função preventiva, repressiva e educativa. Entende-se assim porque é responsável por agir antes da infração, principalmente por meio do controle de atos de fusão e incorporação, analisado pelo órgão antes de se concretizarem, após a infração, por meio de investigação, apuração e aplicação sancionatória à condutas infracionais. Além disso, verifica-se sua função educativa por meio da celebração de acordos. Quanto aos acordos celebrados pelo CADE, vê-se que os Termos de Cessação de Conduta tem relação mais direta com as funções preventiva e educativa. Já os Acordos de Leniência tem essencial função na repressão aos ilícitos contra a ordem econômica.

3. INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA

São infrações à ordem econômica:

I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços ; III – aumentar arbitrariamente os lucros, e; IV – exercer de forma abusiva posição dominante (BRASIL, Lei 12.529, 2011, art. 36).

Independem de culpa os atos praticados com os objetivos mencionados acima. Anota-se que a configuração de infrações contra a ordem econômica independem da produção de resultados, são chamados de ilícitos por objeto. Ou seja, a prática de agente de mercado realizada com a intenção de falsear ou prejudicar a concorrência, dominar mercados, obter lucros exorbitantes por meio de aumentos arbitrários de preços ou exercer de forma abusiva posição dominante são tidas como infrações independente de atingirem os objetivos danosos. Ainda que não se obtenha os resultados perseguidos, as condutas são tidas por ilícitas, por isso passíveis de sanção. A Lei n. 12.529/11 dispõe de rol exemplificativo das condutas que podem caracterizar infrações à ordem econômica. Alguns exemplos são a formação de cartel, a limitação ou o impedimento do acesso de novas empresas ao mercado, exigência de exclusividade de publicidade nos meios de comunicação de massa, exercício de controle direto impositivo na cadeia de distribuição e venda do produto, realizar vendas casadas, dentre outros previstos ao

§3º do art. 36 da Lei 12.529/11. A prática de cartel é ilícito tratado também em esfera penal.

Respondem por infrações à ordem econômica pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado. Implicam a responsabilidade solidária da empresa e de seus dirigentes ou administradores, senão a responsabilização individual destas pessoas físicas. O art. 12 da Lei n. 8.137/90 prevê casos de aumento das penas aplicadas nas proporções entre um terço até metade caso o crime cause grave dano à coletividade, seja cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou se relacionem a bens ou serviços essenciais para a vida ou para a saúde (CADE, Guia Programa de Leniência).

A legislação também traz alterações referente às penalidades. Se antes as multas variavam entre 1% (um por cento) a 30% (trinta por cento) do valor de faturamento da empresa, agora, quando verificadas infrações à ordem econômica, variam de 0,1% (um décimo de porcentagem) a 20% (vinte por cento) sobre o faturamento do grupo econômico, no caso de empresas, e de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) sobre o faturamento da empresa, no caso do administrador responsável. A diminuição no percentual não significa, entretanto, relaxamento de sanção, já que a legislação agora permite que o cumprimento da obrigação se estenda ao faturamento de outras empresas que pertençam ao mesmo grupo econômico da empresa acusada.

Caso a pessoa a ser responsabilizada não constitua atividade empresarial, de modo que não seja possível utilizar o critério de faturamento bruto da empresa, as multas aplicadas serão entre os valores de cinquenta mil reais e duzentos mil reais. Em caso de reincidências, aplicam-se as multas em dobro. Assim, garante-se maior proporcionalidade, quando da sanção pecuniária, e eficácia, quando do combate à formação de cartéis (ANDERS, et AL ; 2012). As multas arrecadadas na forma da Lei 12.529/11 são recolhidas ao Tesouro Nacional.

O art. 38 da Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 12.529/11) traz rol exemplificativo de penalidades possíveis: além da aplicação de multa pecuniária, há possibilidade de que as sanções pecuniárias sejam somadas de publicação da decisão

condenatória em jornal de ampla circulação, proibição de contratar com instituições financeiras oficiais, bem como proibição de participação em processos licitatórios, perda do direito de exploração de propriedade intelectual, bem como qualquer medida proporcional e suficiente à cessação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

O ilícito contra a ordem econômica mais comumente praticado é a formação de cartel. É tanto ilícito administrativo, submisso ao art. 36º§3º,I da Lei n. 12.529/11, quanto é ilícito penal, consoante disposição do art. 4º, II da Lei n. 8.137/1990 (Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo). Além disso, é bastante comum que os ilícitos de formação de cartel se relacionem aos ilícitos previstos do art. 5º da Lei n. 12.846/13. Nesses casos, os benefícios da celebração de eventual acordo de leniência atingem tão apenas os ilícitos da Lei n. 8.137/90, permanecendo a punibilidade por ilícitos previstos na Lei n. 12.846/13.

As formações de cartéis são consideradas a mais grave lesão à concorrência, “porque prejudicam seriamente os consumidores ao aumentar preços e restringir a oferta” (CADE, Cartilha de Combate a Cartéis em Licitações; 2008. p. 08). As condutas são praticadas com o objetivo precípuo de eliminar ou restringir a concorrência, permitindo a concorrentes de um determinado setor obter lucros que apenas seriam alcançados em regime de monopólio (CADE, Processo Administrativo n. 08012.000820/2009-11). Os arranjos que configuram cartéis visam a fixação de preços, o direcionamento privado da licitação (arranjo entre privados para determinar quem ganhará o processo licitatório), a divisão de mercado (arranjo entre privados para determinar quem concorrerá os processos em cada uma das regiões definidas), a supressão de propostas, a apresentação de propostas *pro forma* (apresentação de propostas inviáveis ou viciadas, a fim de direcionar, o estabelecimento de rodízio e a subcontratação (CADE. Cartilha de Combate a Cartéis em Licitações, 2008. p. 9/10).

A prática ilícita é facilitada em razão das seguintes circunstâncias: a) estrutura do mercado (quanto maior a concentração do mercado, menor o número de *players* e mais fácil a realização de acordos); b) existência de barreiras à entrada (quanto mais difícil é a entrada de novos *players* na concorrência de um dado mercado, melhores as condições para realizar acordos ilícitos, já que do aumento de preços não decorrerá o

surgimento de novos fornecedores ou prestadores que oferecem melhores condições ao consumidor); c) publicidade de informações entre os concorrentes (há informações sobre as quais deve-se manter sigilo, a fim de proteger a concorrência); d) interações frequentes entre os concorrentes (CADE, Cartilha de Combate a Cartéis na Revenda de Combustíveis, 2009, p. 37).

Demonstradas quais são as infrações à ordem econômica, temos que em esfera penal, são passíveis de punição os seguintes atos restritivos à economia:

Art. 4º I – abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas; II – formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. Pena: reclusão de 02 a 05 anos e multa. (BRASIL. Lei 8.137, 1990)

Há entendimento jurisprudencial no sentido de que é dispensável a delimitação de extensão do mercado atingido pelos ilícitos tanto na persecução administrativa quanto na criminal, dada a natureza do ato lesivo. Por ser infração de objeto (BRASIL, Lei 12.529, 2011, art. 36), é por si só reprovável, independente da demonstração de resultados. Dessa forma, não é necessário investigar a extensão dos efeitos da conduta ilícita porque a condenação independe desta.

O Estado busca meios de combater práticas empresariais anticompetitivas, vistas como falhas de mercado, porque resultam na “alocação ineficiente de recursos e afetam de forma adversa o desempenho do setor e o bem-estar do mercado.” (KHEMANI, 2003, p. 30). Ante ao implemento em tecnologia das práticas lesivas à ordem, deve o Estado adotar meios para conhecer suficientemente acerca do *modus operandi* delitivo para sancioná-los adequadamente. Vistas a inteligência aplicada à infração, a atuação do Estado é mais reativa do que proativa.

4. ACORDOS DE LENIÊNCIA

4.1 Consensualização em Direito Econômico

A consensualização vem como tendência em todas as áreas do Direito, de tal que para o Direito Administrativo “trata-se de um movimento de redefinição do papel do Estado” (RIBAS, 2010, p. 90) frente ao incremento em complexidade das relações públicas e privados. As transformações sociais em vistas as novas tecnologias transformaram as práticas ilícitas, exigindo nova postura estatal para atingir a satisfação das necessidades coletivas.

A imposição de sanção com fins regulatórios, na esfera da Administração, acontece tanto por meio do exercício do poder de polícia quanto por meio da celebração de acordos de leniência. André Saddy defende a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta celebrado entre ente público e privado, eis que “não é objetivo da Administração impossibilitar a produção, circulação e comercialização de riquezas, mas somente condicioná-las ao interesse público.” (SADDY; GRECO, 2015, p. 170).

Anota o autor, ainda, que os acordos têm como características essenciais: “I) a consensualidade, inerente de qualquer acordo; II) a alternatividade, necessária à substituição ou suspensão; e III) a finalidade pública, decorrente do interesse público específico.” (SADDY, GRECO, 2015, p.170).

A consensualização no Direito tem sido uma tendência em todos os seus ramos. A busca por acordos cresceu tanto na esfera privado, com tratamento legislativo melhor desenhado pelo Novo Código de Processo Civil, com a utilização de mediação, conciliação e arbitragem, quanto na esfera pública, por meio dos procedimentos de colaboração premiada.

São aspectos positivos de referida consensualização, tanto na esfera pública quanto privada: a maior chance de cumprimento dos acordos, de modo a acelerar a execução da obrigação, que no caso do direito administrativo dizem respeito à cessação das atividades, a economia. Além disso, no caso da celebração de acordos de natureza delatória, há a obtenção de provas de autoria e materialidade do ilícito, bem como a

confissão, elementos intrínsecos à natureza do acordo, que deve ser celebrado em estrita observância ao princípio do interesse público. Ou seja, a colheita das informações deve ser útil aos fins processuais.

No CADE, são dois os principais tipos de acordo realizados junto às empresas investigadas: o compromisso de cessação (Medida Reparadora de Conduta) e o acordo de leniência. Entende-se que o compromisso de cessação é instituto similar ao Termo de Ajuste de Condutas previsto na lei de Ação Civil Pública, em que os órgãos competentes, ao visualizar possível desencadeamento de conduta lesiva aos bens de terceira geração, propõem aos agentes interessados obrigações para que a seus atos se harmonizem com as exigências legais.

Ambos os termos celebrados são possíveis em razão da utilização da mediação como instrumento de regulação econômica, a fim de obter a consensualização da justiça. Thiago Marrara diferencia consenso de consensualização, tal que o primeiro é resultado do segundo, definindo consensualização como o “movimento de transformação da Administração Pública e de seus processos administrativos em favor da edificação de consensos.” (MARRARA, 2015, p. 510). Os compromissos lavrados constituem título executivo extrajudicial. No caso de descumprimento, a empresa perde os benefícios negociados, decorrência lógica da quebra contratual e, igualmente, fica impedida de celebrar novos acordos por um prazo de três anos.

A celebração de um termo de compromisso de cessação é facultativo ao CADE, o que é feito por intermédio de sua Superintendência-Geral. É possível que esse acordo imponha uma ordem de cessação das práticas a título de medida preventiva. Então a autarquia goza de discricionariedade para celebrar o compromisso “desde o procedimento preparatório até o processo administrativo sancionador de infrações concorrenciais.” (TAUFICK, 2012, p. 68). O Termo de Cessação de Conduta, ao contrário dos acordos de leniência, não geram efeitos penais automaticamente quando do cumprimento do acordo, contudo seja possível intervenção do CADE na negociação do delator junto à Polícia Federal ou ao Ministério Público. Nisso o Termo de Cessação de Conduta diverge dos Acordos de Leniência, que também prevê possibilidade de negociação apenas com primeiro colaborador. Outra diferença fundamental entre os

acordos que o CADE pode celebrar junto à agentes privados de mercado é que apenas a leniência tem natureza delatória, de tal que no conteúdo dos Termos de Cessação de Conduta tão só está contida a autoincriminação, sem atribuição de responsabilidade à terceiros.

4.2 Acordos de Leniência Celebrados pelo CADE

A partir de 2000, com a edição da Lei 10.149/2000, que altera dispositivos da Lei 8.884/94, é introduzido no âmbito do direito econômico a possibilidade de realização de acordos de leniência. O art. 35-B prevê competência da extinta Secretaria de Defesa Econômica e benefícios consistentes na redução da multa aplicada na proporção entre $\frac{1}{3}$ (um terço) e $\frac{2}{3}$ (dois terços) ou a extinção da ação punitiva promovida pela administração pública quando da colaboração resultar a identificação dos demais coautores e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. Celebrou-se o primeiro acordo de leniência em 2003.

A introdução do instituto de natureza delatória em esfera econômico-administrativa visou, sobretudo, combater condutas anticompetitivas, como a formação de cartel, infração de mercado que causa distorções negativas na concorrência por alterá-la artificialmente, de modo a diminuí-la ou eliminá-la.

Da necessidade de o Estado obter melhores ferramentas para descobrir e obter provas de cartel, de um lado e de outro, do interesse do agente econômico de obter a extinção ou redução de rigorosas penalidades, surge o acordo de leniência, em que convergem interesses de ambas as partes (NEVES, 2010, p. 42).

São dois os diplomas normativos que atualmente regulam a realização de acordos de leniência em Direito Concorrencial no Brasil: a Lei 12.529/11 e o próprio Regimento Interno do CADE (RICADE). De acordo com o art. 197 do RICADE, os objetivos do programa de leniência são:

I – detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica; II – informar e orientar permanentemente as empresas e cidadãos em geral a respeito dos direitos e garantias previstos nos arts. 86 e 87 da Lei nº 12.529,

de 2011, e; III – incentivar, orientar e assistir os proponentes à celebração de acordo de leniência (CADE, Regimento Interno, 2014, art. 197).

As condições para a celebração do acordo, quando da edição da Lei n. 12.529/11, permaneceram sem alterações significativas, com relação ao diploma normativo de 2000: que a pessoa colaboradora seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada, que cesse completamente com a atividade que produz resultados ilícitos, que o órgão investigativo não possua outros meios de prova suficientes para assegurar eventual condenação e a confissão seguida do compromisso de plena cooperação com as investigações da parte delatora.

Uma diferença significativa é que até então o acordo não se sujeitava à aprovação do CADE, situação que se alterou com a concentração de atividades na figura do chamado Super CADE. A competência da autarquia restringia-se à ocasião do julgamento, com a decretação de extinção da punibilidade ou da redução da pena nos percentuais ajustados se cumpridos os acordos. Agora, sua competência é mais ampla e inclui os procedimentos investigativos e a celebração de acordos de leniência.

Os colaboradores em matéria de leniência podem ser pessoas físicas ou jurídicas. Os efeitos decorrentes da celebração de leniência por pessoa jurídica ou física são diversos.

A Lei 12.529/11 prevê situações excepcionais para o caso dos termos serem celebrados junto à pessoas físicas: 1) estas não se submetem à regra de celebração do primeiro acordo de leniência em um dado processo, que pode ser instruído com a delação de mais de uma pessoa física, desde que cada uma traga informações novas e úteis aos fins do processo; 2) a celebração e integral cumprimento do acordo de leniência celebrado junto ao CADE tornam o colaborador imune a ações penais quando a prática lesiva for a formação de cartéis (MARRARA, 2015, p. 519).

Para que tais pessoas físicas ou jurídicas possam celebrar os acordos, é necessário que preencham de modo cumulativo os seguintes requisitos: I) a pessoa deve ser a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação, e; II) deve se comprometer a cessar por completo a prática lesiva à ordem econômica; III) a Superintendência-Geral do CADE não dispor de elementos probatórios suficientes à

assegurar a condenação do proponente colaborador; IV) este proponente deve confessar sua participação no ilícito; V) cooperar plenamente com as investigações em curso; VI) de modo que dela resulte a identificação dos demais coautores e na obtenção de informações e provas documentais que comprovem a realização da prática ilícita noticiada ou sob investigação. Além disso, é necessário que o proponente esteja em dia com suas contribuições pecuniárias.

Na Lava à Jato, diversos acordos de leniência foram celebrados em razão da existência de cartéis com objetos, participantes e modos de operação distintos, de modo que cada uma dessas combinações possibilita a realização de um acordo. Assim, quanto ao requisito de que apenas o primeiro delator poder celebrar o acordo, têm-se por primeiro com relação à dada prática. Em crimes complexos como o em comento, várias infrações são realizadas simultaneamente, de tal que cada conduta ilícita permitirá a elaboração de acordo correspondente.

Se o infrator não estiver em posse de toda a documentação necessária, poderá obter junto à Superintendência-Geral do CADE uma declaração que ateste sê-lo o primeiro proponente à adesão ao Programa de Leniência. Para tanto deverá o colaborador informar sua qualificação e a dos demais coinfratores, bem como deve trazer informações acerca do mercado afetado, especificando quais são os produtos ou serviços e qual é a área geográfica alcançada. A regra acerca da necessidade de informar o mercado afetado tem sido flexibilizada pela jurisprudência, já que a configuração dos atos ilícitos contra a ordem econômica independe de resultados. A sigilosidade é regra na celebração dos acordos.

As provas cuja pessoa colaboradora se compromete a fazer devem estar amparada por documentação, a qual é exigência desde as origens da delação premiada. O requisito visa dificultar falsas delações, de tal que eventuais penalidades estejam amparadas por elementos probatórios suficientes.

A lei exige que a colaboração do infrator deve resultar na identificação de outros participantes da conduta ilícita e na obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou investigada. Pode-se notar que os critérios para a

celebração de acordo de leniência são os mesmos requisitos utilizados para a validade de acordos de delação premiada. Desse modo, que a sua natureza não é tão só colaborativa, mas sim delatória, eis que exige como resultados das informações a identificação de terceiros participantes na conduta ilícita, ou seja, exige delação em sentido estrito.

São possíveis três tipos de leniência. A leniência prévia, quando não há qualquer notícias da infração à ordem econômica e o colaborador é quem leva ao conhecimento do órgão investigador a prática. Nessa hipótese os benefícios concedidos são mais significantes, normalmente resultando na extinção de punibilidade do colaborador. Há a leniência concomitante ao processo, quando o órgão responsável já instaurou procedimento de investigação mas ainda não existem provas suficientes à condenação dos investigados, razão que justifica o interesse público na celebração de acordo de leniência. Quando a leniência é celebrada no curso da investigação, a concessão de benefícios é menor, geralmente consistente na diminuição da pena em 2/3 (dois terços). Excepcionalmente, a celebração de Leniência Plus acontece quando a empresa ou pessoa jurídica “não se qualifica para um Acordo de Leniência com relação a um determinado cartel de que tenha participado (Acordo de Leniência Original), mas fornece informações de outro cartel” (CADE, p. 50), sendo este completamente desconhecido da Superintendência-Geral do CADE até o momento da notícia. O benefício concedido consiste na diminuição da pena pecuniária aplicada na proporção de 1/3 (um terço). Quanto ao benefício concedido, há previsão, ainda, no sentido de que a pena aplicada ao colaborador não seja maior que a menor pena aplicada aos demais coautores.

4.3 Procedimento para utilização dos Acordos Celebrados Junto ao CADE em esfera penal.

As ações infratoras se modernizaram mediante a revolução tecnológica acontecida desde o início do século XXI. Se antes ações criminosas praticadas em concurso de agentes se davam a partir de reuniões pessoais, agora se faz por meio de

e-mail e outras vias eletrônicas. Por conta do sigilo desses meios, a prática torna-se ainda mais obscura, de modo que a colheita de provas aptas a comprovar existência de combinação com intenção de lesão à ordem econômica torna-se mais difícil. Indícios não são suficientes. Além disso, não é suficiente para a configuração do cartel o paralelismo de preços, necessário provar que houve combinação acerca dos preços praticados (crimes de colarinho branco).

O incremento de inteligência na prática lesiva intentada por agentes privados, a fim de se beneficiar indevidamente das falhas de mercado em detrimento do interesse público, somado ao momento consensualista porque passa o direito pátrio em todas as suas esferas (notoriamente na cível), resultou na utilização de programas de leniência, aos moldes da postura internacional adotada. Além de aumentar as chances de descobrir um cartel, gera instabilidade e suscita desconfiança entre os membros, o que aponta sua eficácia.

Na persecução criminal a infrações contra a ordem econômica há pelo menos três formas premiaias no processo sancionador: i. Acordo de Leniência: tem como seu elemento de distinção servir como notícia e prova do cartel e prestigia, assim, essencialmente, o primeiro noticiante (considerados como primeiros tanto a pessoa jurídica quanto as pessoas naturais dentro dela, que assinarão a leniência de modo autônomo de pessoal; ii. Acordo de Colaboração Premiada, nos termos da Lei 12.850/13 (art.4º), que pode vir a auxiliar na persecução das infrações contra a ordem econômica, em momento posterior à Celebração do Acordo de Leniência, tendo como elemento de distinção sua qualificada bilateralidade e a necessidade da atuação do colaborador apresentar resultados específicos; iii. Confissão qualificada pela delação, nos termos da Lei 8.137/90 (art. 16), que também pode vir a auxiliar na persecução das infrações contra a ordem econômica mesmo em momento posterior à celebração do Acordo de Leniência e do Acordo de Colaboração Premiada, sendo suficiente a confissão da trama delituosa e a inclusão dos demais membros do delito que se dá em concurso de pessoa (CADE, Memorando de Entendimentos, 2016; disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/memorando-de-entendimentos-sg-e-mpfsp_tcc-e-acordos-de-colaboracao_15-03-2016.pdf>).

Todos os atuais instrumentos investigativos dos quais dispõe a Superintendência-Geral do CADE, Ministério Público e delegados de polícia no combate à cartéis têm natureza de delação. Assim porque se exige a identificação de terceiros participantes do ilícito. Na colaboração premiada, contudo, não exige especificamente que das informações prestadas à investigação se obtenha a

incriminação de terceiros, possível que os resultados consistam, por exemplo, na recuperação de valores ilegalmente obtidos.

A Lei n. 12.529/11 especifica, com relação à práticas que configuram cartel, quais são efeitos da celebração de acordos de leniência junto ao CADE na esfera judiciária: a suspensão do transcurso do prazo prescricional e o impedimento da propositura da denúncia quanto aos crimes relacionados à prática de cartel para os beneficiários que cumpriram integralmente o acordo relativo.

A legislação infraconstitucional brasileira considera ilícitas as infrações contra a ordem econômica. O ilícito do cartel é considerado como a mais grave dessas infrações, punido administrativamente pela Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 12.529/11, art. 36) e criminalmente pela Lei de Crimes Contra a Ordem Econômica (Lei n. 8.137/90, art. 4º) Apesar da autonomia das instâncias administrativas e criminal no Brasil, o modelo de detecção dos cartéis reconhece grande importância aos institutos premiais de direito sancionador, tendo, conforme experiência que é mundial, construído programas de Leniência como modelo de notícia, prova e sanção de cartéis (CADE, Memorando de Entendimentos, 2016; disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/memorando-de-entendimentos-sg-e-mpfsp_tcc-e-acordos-de-colaboracao_15-03-2016.pdf>).

Nesse sentido, o CADE realiza parcerias com órgãos criminais especialmente no combate à cartéis e crimes correlatos, como lavagem de dinheiro e corrupção.

Há previsão da celebração de acordos de leniência também na lei Anticorrupção, a qual prevê “a responsabilização objetiva da administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”. Tais atos estão previstos no art. 5º da Lei 12.846/13.² Aplica-se como penalidade multas no

² Art. 5º da Lei 12.846/13: I – prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II – comprovadamente financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos lesivos previstos nessa Lei; III – comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários do ato praticado; IV – no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de processo licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a Administração Pública; V – dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes

mesmo percentual previstos na Lei n. 12.529/11, as quais não obstam a obrigação reparatoria dos danos causados, além da proibição quanto ao recebimento de incentivos e até mesmo a dissolução compulsória das atividades da empresa. Os requisitos para a celebração do acordo também são os mesmos previstos na Lei de Defesa da Concorrência.

No âmbito das investigações da Lava Jato, a negociação dos acordos de leniência acontece em conformidade aos arts. 86 e 87 da Lei de Defesa da Concorrência quando há prática de cartel.

As empresas apontadas como participantes da suposta conduta anticompetitiva são Construtora Andrade Gutierrez S/A, Construtora Noberto Odebrecht S/A, Construtora Queiroz Galvão S/A, Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A, EBE- Empresa Brasileira de Engenharia S/A, Techint Engenharia e Construções S/A e UTC Engenharia S/A, além de 22 pessoas físicas funcionários e ex-funcionários dessas empresas (CADE celebra Acordo de Leniência em investigação de cartel da Usina Angra 3 – Disponível em: [<http://www.institutoidea.net.br/acordo-de-leniencia/>](http://www.institutoidea.net.br/acordo-de-leniencia/)).

A participação do Ministério Público na celebração do acordo, acontece já em vistas a possível utilização do instrumento em processo de esfera penal, já que é deste órgão a competência para investigar e oferecer denúncia por crimes de prática de cartel. O acordo é acompanhado de “Histórico de Conduta, no qual a Superintendência-Geral do CADE descreve de maneira detalhada a prática anticompetitiva conforme relatada pelos signatários e subsidiada pelos documentos probatórios apresentados.” (CADE, Guia Programa de Leniência). Para a persecução criminal que faça uso de acordo de leniência, para a instrução basta a Utilização do Histórico de Conduta, desnecessário apresentação do acordo.

Os objetos de prova obtidos em razão da celebração de acordo de leniência poderão ser utilizados como subsídios no âmbito dos processos penais correlatos. Desse modo, o Ministério Público, tradicionalmente, tem participado dos acordos de leniência celebrados junto à Superintendência-Geral do CADE a fim de garantir a aplicação de benefícios e incentivos da leniência também em esfera penal. A celebração dos acordos

públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

de leniência, contudo, não impede que o delator seja acusado por terceiros ou por outras entidades públicas por atos ilícitos não acobertados no instrumento consensual, ainda que tais atos componham um mesmo fato delituoso.

O Memorando de Entendimentos n. 1/2016, “relativo à coordenação institucional envolvendo termos de compromisso de cessação e acordos de colaboração em investigações de infrações contra a ordem econômica”, elaborado conjuntamente pelo CADE e pelo Grupo de Combate a Cartéis da Procuradoria de São Paulo traz entendimento no sentido de que a intervenção do Ministério Público na celebração do Acordo, em harmonia à disposição do art. 66, §8º da Lei n. 12.529/11.

Formalizado o Acordo de Leniência em concreto, com intervenção do Ministério Público, no interesse da persecução penal, o instrumento serve de base não apenas para a atuação administrativa do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, mas também como notícia crime na persecução do delito previsto pelo art. 4º da Lei n. 8.137/1990 (CADE, Memorando de Entendimentos, 2016).

No âmbito dos acordos de leniência celebrados em consonância com a Lei n. 12.529/11, podemos considerar que os benefícios concedidos em esfera administrativa se refletem na esfera penal. A extensão dos efeitos acontece na medida em que, cumpridos os acordos, extingue-se automaticamente a punibilidade relativa aos crimes contra a ordem econômica tipificados na Lei n. 8.137/90 e nos demais crimes relacionados à prática de cartel. Contudo, normalmente os acordos de leniência não atingem as infrações tipificadas na Lei n. 12.850/13, de modo que mesmo com a concessão dos benefícios, é possível que o colaborador seja processado penalmente por crimes afins. Desse modo, não é incomum que o colaborador tenha, por exemplo, a extinção de punibilidade decretada quanto ao ilícito econômico, mas ainda assim seja punido pelo crime de formação de quadrilha.

Exatamente aí residem críticas na utilização dos acordos celebrados em âmbito administrativo na instrução de investigações criminais, eis que não existe paralelismo de condutas previstas na Lei n. 12.529/11 com relação à Lei n. 12.850/13. Diz-se, então, que a extensão dos prêmios é insuficiente por não garantir que o colaborador deixe de sofrer sanções penais. Com razão, portanto, os estudiosos jurídicos que alegam que a realização de acordos podem se tornar pouco interessantes nessa última hipótese.

Ante ao exposto, incontestado a natureza delatária dos acordos de leniência, os quais não se confundem com mera colaboração por exigirem a incriminação de terceiros como resultado das informações colhidas. Além disso, demonstra-se que os acordos de leniência podem servir, igualmente, à instrução cível e criminal. Acerca da utilização prática dos acordos de leniência em esfera administrativa trata o capítulo seguinte, examinando, ainda, a utilização dos acordos de natureza delatária celebrados pelo CADE nas esferas cível e criminal, suas consequências e efeitos.

CAPÍTULO IV - DOS EFEITOS DA LENIÊNCIA NO COMBATE A INFRAÇÕES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA

1. EFICIÊNCIA DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA NO COMBATE À INFRAÇÕES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA

Estabelecido que regulação econômica pode ser entendida como um conjunto de regras de conduta e controle da atividade privada pelo Estado, com finalidade de estabelecer funcionamento equilibrado do mercado, resta analisar se a utilização da delação premiada apresenta os resultados esperados no âmbito econômico.

Após a primeira previsão de aplicação dos acordos de leniência em 2000, celebrou-se em 2003 o primeiro acordo entre privados e a Administração Pública. Até o início de 2010, 14 acordos de leniência haviam sido celebrados pelo CADE, além de um aditivo. De 2010 a 2015, 36 (trinta e seis) acordos foram celebrados e 16 (dezesseis) aditivos foram assinados. Assim, que nos últimos 5 anos cresceu a utilização dos acordos de colaboração premiada celebrados pelo CADE.

Nesse sentido, é importante anotar que dos 71 (setenta e um) acordos e aditivos celebrados pelo CADE entre 2003 e 2015, 45 (quarenta e cinco) deles o foram após a edição da Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 12.529/11). Isto demonstra que a evolução do tratamento normativo dado à consensualização em esfera administrativa tem surtido efeitos.

O órgão informa em seu *website* o julgamento de 6 (seis) processos administrativos em que foram celebrados acordos de leniência.

O processo administrativo que apurou e condenou os Cartéis dos Vigilantes do Rio Grande do Sul é relevante em matéria concorrencial por ser o primeiro caso em que a celebração de acordo de leniência foi utilizado para julgamento administrativo. O acordo foi celebrado em 2003 e o julgamento aconteceu em 2007, resultando a representação de 55 pessoas e a absolvição de 16, entre eles colaboradores em programa de leniência. Assim, por ter cumprido com integralidade o acordo de leniência, ao

denunciante sanção alguma foi imposta em esfera administrativa, se beneficiando, ainda, da extinção automática da punibilidade em âmbito criminal (BRASIL. Cartilha de Combate a Cartéis em Licitações; 2008, p. 19).

As sanções aplicadas foram a proibição de participar de licitações tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços ou concessão de serviços públicos pelo prazo de cinco anos e multas que, somadas, ultrapassam a quantia de R\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de reais). Houve proibição, ainda, de que as pessoas físicas e jurídicas condenadas “obtivessem financiamento oficial e participassem de licitações realizadas pelo setor público.” (BRASIL. Cartilha de Combate a Cartéis na Revenda de Combustíveis; 2009, p. 10).

No processo administrativo movimentado para apurar e sancionar o Cartel Internacional dos Peróxidos, houve utilização de acordo de leniência, celebrado em 2004, junto à Degussa, quem confessou a prática de ilícitos na esfera administrativa e penal. Neste caso, houve a intervenção do Ministério Público na celebração dos acordos. A decisão teve em vistas as características estruturais do mercado que corroboraram para a prática de infrações à ordem econômica: i) mercado altamente concentrado, tal que as duas empresas investigadas (Degussa e Peróxidos Brasil Ltda.) seriam os únicos players; ii) celebração de contratos de longo prazo; iii) existência de barreiras à entrada de produtos; iv) especificidade do produto (água oxigenada). A instrução também se realizou por meio de buscas e apreensões.

Essa decisão é interessante porque a resolução dada às preliminares todas caracterizavam o acordo de leniência e sua natureza de delação premiada. A investigação resultou na condenação máxima das empresas e agentes privados envolvidos. A multa somada ultrapassou a quantia de cento e cinquenta milhões de reais. A multa não atingiu as empresas do Grupo Degussa e pessoas físicas que celebraram acordos de leniência. Além disso, determinou-se a inscrição de todos os representados no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor e recomendou-se a não concessão ou o cancelamento de benefícios e incentivos fiscais ou subsídios públicos.

Pelos dados do CADE, vê-se que os processos levam, em média, mais de 05 (cinco) anos a ser julgado, desde a celebração dos acordos de leniência. Portanto não há

informação acerca do julgamento administrativo de casos que se utilizaram de acordos de leniências celebradas após 2011, nos termos da Lei 12.529/11.

Dos processos contra prática de cartel que fazem uso de acordos de leniência, o último a ser julgado foi o do Cartel Internacional de Compressores. A decisão se destacou não só pelo seu caráter protetivo à concorrência, mas também protetivo ao consumidor. Explica-se: *“compressores herméticos são utilizados em sistemas refrigeradores, especialmente em eletrodomésticos da chamada ‘linha-branca’, como geladeiras, congeladores e aparelhos de ar-condicionado.”* (CADE condena cartel no mercado internacional de compressores para refrigeração. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-condena-cartel-no-mercado-internacional-de-compressores-para-refrigeracao>>).

A prática de cartel consistiu no fato de que as empresas acordaram entre si os percentuais de reajuste dos preços e o controle da oferta de compressores para diversos locais do mundo. Desse modo, a oferta no mercado era controlada pelos interesses privados em detrimento dos interesses coletivos. Apurou-se que pelo menos entre 1996 a 2008 o conluio lesou consumidores brasileiros e de outros países, causando prejuízos de cerca de R\$1.000.000.000,00 (um bilhão de reais). O processo foi instaurado a partir das informações obtidas pela celebração da leniência junto ao Grupo Tecumseh, cuja colaboração no processo foi premiada com a extinção da ação punitiva prevista no parágrafo único do art. 87 da Lei 12.529/11³. Para as pessoas condenadas aplicou-se pena de multa, as quais somadas alçam à quantia de mais de R\$ 21.000.000,00 (vinte e um milhões de reais). Além disso, após o conhecimento da infração o CADE celebrou acordo de Cessação de Prática junto à Whirlpool, pela qual esta se obrigou ao pagamento de multa de cerca de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões), relativo à cerca de 20% (vinte por cento) do faturamento bruto da Unidade Embraco.

³ 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. BRASIL, Lei 12.529/11

Em vistas ao cumprimento integral do acordo celebrado e à relevante contribuição na investigação da conduta noticiada, ao fim do julgamento do processo administrativo que apurou as infrações, a empresa Tecumseh do Brasil Ltda. e outras três pessoas físicas foram beneficiadas com a “extinção da ação punitiva da Administração Pública e da punibilidade dos crimes contra a ordem econômica tipificados na Lei n. 8.137/90.” (CADE, Processo Administrativo n. 08012.000820/2009-11).

O crescimento funcional do CADE nos últimos anos demonstra-se no constante e progressivo crescimento das penalidades impostas. Se as primeiras penalidades no começo do século eram em percentuais menores que 5% (cinco por cento), algumas penalidades mais recentes ultrapassaram o percentual de 20% (vinte por cento) do faturamento bruto da empresa.

O jornal Valor Econômico do dia 9 de junho de 2009, página B1, divulgou lista das principais condenações impostas pelo CADE nos casos de cartel nos últimos anos. No caso do cartel do aço a condenação teria sido de R\$ 58,4 mi (cinquenta e oito milhões e quatrocentos mil reais) em valores de outubro de 1989; mais de R\$ 60 mi (sessenta milhões de reais) no cartel das britas (agosto de 2005); e mais de R\$ 100 mi (cem milhões de reais) no cartel de frigoríficos (novembro de 2007).

2. REFLEXOS DA UTILIZAÇÃO DE ACORDOS DE LENIÊNCIA NO JUDICIÁRIO

2.1 No Âmbito Cível

Além dos benefícios consistentes na aplicação de multa pecuniária contra infrações à ordem econômica, é possível, ante às informações trazidas por ocasião da celebração de acordos de leniência, o desmantelamento de cartéis. Isso implica benefícios no âmbito cível ao passo que os consumidores deixam de arcar com valores abusivamente pleiteados. Assim, o combate à formação de cartéis, infração contra a

concorrência com maior potencial ofensivo, tem por objetivo a proteção a consumidores contra aumento arbitrário de preços, restrição da oferta e prejuízos à inovação.

Segundo estimativas da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), os cartéis geram um sobrepeso estimado entre 10 e 20% comparado ao preço em um mercado competitivo, causando prejuízos de centenas de bilhões de reais aos consumidores anualmente (BRASIL. Cartilha de Combate aos Cartéis em Licitações, 2008, p. 08).

Desse modo, é possível que consumidores que se sintam lesados pela prática ilícita ingressem em juízo a fim de obter reparação civil pelas perdas e danos sofridos pela prática.

A ação civil que resultou no julgamento do Recurso Especial n. 1.554.986 – SP (2015/0219111-7) foi proposta pela Eletrolux em face das empresas Whirlpool e Brasmotors, a fim de pedir a reparação civil por danos causados pelo Cartel dos Compressores, mencionado no item anterior.

O Recurso Especial mencionado analisa a possibilidade de utilização do acordo de leniência celebrado pelas empresas junto ao CADE em processo com pedido de reparação civil. As empresas recorrentes, condenadas administrativamente, alegam impossibilidade de utilização de informações obtidas pelo programa de leniência na ação civil proposta pela Eletrolux, sob alegação de que tal feriria a sigilosidade prevista pelo acordo.

A decisão do Ministro Marco Aurélio Bellizze acolheu as alegações das recorrentes, explicando que o dever de resguardar sigilo se esvai no momento em que os trabalhos de instrução do processo administrativo são concluídos. Assim porque o art. 86, §9º especifica que a sigilosidade reveste a proposta de acordo. Expõe-se, então, a existência de três fases da leniência: a) proposta de acordo; b) negociação, e; c) formalização do acordos. Então, conclui o magistrado que o dever de sigilo mencionado é absoluto nas duas primeiras fases, extensão deste que observa às necessidades da finalização dos procedimentos instrutórios. Desse modo, caso haja interesse de instrução de processo cível por meio de acordo de leniência celebrado em esfera administrativa,

Utiliza-se da explicação dada por Modesto Carvalhosa, que acerca da controvérsia, explica que a regra dos atos celebrados junto à Administração Pública é a publicidade, de tal que o sigilo sobre a leniência apenas se adote em decorrência dos termos constantes do acordo ou da utilidade de tal para as investigações. Entende-se, portanto, que o sigilo do acordo só permanece enquanto se está na fase de investigação administrativa. Desse modo, limita-se a extensão da sigilosidade dos acordos, que nas palavras do julgador, não pode se protelar indefinidamente no tempo. Apenas desse modo será possível a utilização das informações contidas no acordo de leniência celebrado administrativamente nos âmbitos cível e criminal.

2.2 No Âmbito Criminal

A punição por crimes contra a ordem econômica objetiva essencialmente a recuperação de valores fruto do ilícito. A utilização de acordos de leniência no âmbito criminal tem natureza probatória, tomada prova emprestada da persecução administrativo.

A teoria geral do ilícito administrativo em defesa da concorrência é distinta da teoria geral do delito, de modo que em processo penal, há a necessidade não apenas de imputar a conduta exclusivamente às pessoas naturais, como de individualizar a atuação dos agentes. Assim, os institutos premiais em processo penal podem auxiliar sobremaneira na persecução penal do cartel, de modo que, em algumas hipóteses, ter-se-á que o Acordo de Leniência funcionará essencialmente como notícia crime, podendo ser naturalmente ser complementada por um ou mais réus colaboradores (CADE, Memorando de Entendimentos, 2016).

As condenações em âmbito criminal por crimes contra a ordem econômica são consistentes na aplicação de multa pecuniária e pena restritiva de liberdade. Inconteste que o CADE, em conjunto com outros órgãos federais de investigação criminal, têm por objetivo a imposição de severas sanções. Para tanto, inspira-se nos resultados internacionais, a exemplo da Comissão Europeia, que apenas em 2007 aplicou sanções pecuniárias pela prática de cartel que superaram a quantia de 3 (três) bilhões de libras, e dos Estados Unidos, cujas multas aplicadas entre 1997 e 2007 superaram a quantia de 4 (quatro) bilhões de reais.

O caso do Cartel dos Compressores Herméticos resultou persecução criminal, cuja investigação denominou-se Operação Zero Grau. Enquadramento da conduta investigada no art. 4º da Lei 8.137/90. Do acordo de leniência celebrado junto à extinta Secretaria de Direito Econômico (atual competência do CADE) e Ministério Público, a conduta anticompetitiva praticada consistia em:

discussões e reuniões entre os beneficiários e as empresas Whirlpool S.A., Danfoss A/S, ACC – Appliances Components Companies e Matsushita Electric Works no mercado de compressores herméticos para refrigeração com o objetivo de (i) acordar e/ou discutir aumentos de preços; (ii) acordar e/ou discutir o controle da oferta do produto no mercado; (iii) trocar informações relativas a custos, estoques de clientes e estoques próprios; e (iv) trocar informações sobre o mercado (CADE, Processo Administrativo n. 08012.000820/2009-11).

No processo em questão, as informações colhidas em acordo de leniência foram utilizadas como substrato do deferimento das diligências de busca e apreensão nos autos do Inquérito Policial n. 17.035/09. Foram realizadas diligências nos escritórios da empresa Whirlpool e na residência de duas pessoas físicas.

No processo criminal o acordo de leniência é utilizado como forma de notícia da conduta ilícita. As exigências para a condenação em âmbito criminal são mais rigorosas e a instrução do processo é normalmente mais exaustiva. Ante à necessidade de produzir novas provas acerca do crime econômico correspondente em esfera penal, da análise jurisprudencial conclui-se a existência de estreita relação entre os acordos de leniência e os mandados de busca e apreensão, tal que estes são emitidos a partir do conhecimento de informações contidas na celebração do acordo administrativo que justifiquem a medida.

Dito que na esfera criminal os ilícitos correlatos aos atos de infração contra a ordem econômica são mais gravosos, resta explorar o conteúdo da proteção concedida ao réu colaborador. As medidas necessárias para proteger a integridade do réu colaborador têm tratamento escasso. Ao contrário do que se via na legislação italiana, suficientemente disciplinada quanto às medidas protetivas à integridade física do delator e de sua família, no Brasil adotam-se mecanismos de estímulo à delação. Contudo, o conteúdo da delação esbarra no limite da gravidade das informações prestadas:

calcula-se o risco de informar ao Estado acerca de ilícitos mais gravosos consoante o risco que se oferece e o poder de se defender de tal risco. Em alguns casos, eficiente proteção estatal ao colaborador garantiria a realização de acordo.

Marcos Valério, réu colaborador na operação Lava Jato, recentemente, afirmou em depoimento que o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva havia sido chantageado pelo empresário Ronan Maria Pinto em 2004. O motivo da chantagem, entretanto, não foi informado sob a alegação de que a gravidade dos fatos é tamanha que o poder estatal não poderia garantir a integridade física do colaborador. Desse modo, identifica-se que um obstáculo à colheita de informação de ilícitos mais gravosos é a insuficiência da proteção estatal que se pode conceder ao colaborador e sua família (<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2016/09/marcos-valerio-depoe-na-lava-jato-e-denuncia-chantagem-contra-lula-e-pt.html>).

CONCLUSÃO

Em vistas ao momento atual de economia globalizada, onde vigora a transnacionalização das relações comerciais e informacionais, fez-se necessário mudança na atuação estatal, forçando-a à adoção de “novas estratégias de gestão e modos inovadores de comportamento com relação aos particulares” (GABAN, 2004). Em vistas ao novo momento, a melhor postura estatal seria deixar de intervir de forma direta na economia, adotando uma nova postura, de “mediação e controle de fluxo dos conflitos/interesses” (GABAN, 2004).

Entendemos a utilização de acordos de natureza delatória como instrumento para obtenção de provas e apuração de infrações em esfera administrativa nesse novo contexto. Para Venício Pereira, “a leniência funciona como uma delação premiada no Direito Concorrencial, permitindo imunidade ou redução das penas para os agentes econômicos que cooperam com a Administração Pública.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016, p. 9). Eis porque os requisitos para a celebração dos acordos de leniência a ser cumpridos são os mesmos da delação premiada.

Assim, cumpridos os requisitos legais, a celebração de acordos de leniência constituem instrumentos de natureza delatória. Sua validade exige restrito cumprimento dos requisitos elencados ao longo do trabalho, especialmente ao que diz respeito à espontaneidade da colaboração e necessidade de firme embasamento das alegações em provas documentais; quando utilizada em desrespeito a esses, perde elementos essenciais à sua natureza, de modo que o uso resta descaracterizado.

Acerca da utilização da delação premiada, Rodolfo Tigre Maia apontou a existência de quatro principais razões que obstam o sucesso da aplicação do instituto no Direito Pátrio: a) a restrição da concessão do benefício a agentes envolvidos diretamente na prática do ilícito que se pretende investigar, não abrangendo-o a réus em outros

processos ou inquéritos policiais; b) a concessão apenas do benefício de redução da pena, não se vislumbrando, com raras exceções, uma situação de perdão judicial; c) inexistência de programa de proteção eficiente, semelhante aos programas de proteção a testemunhas, que visasse a integridade física do delator e de seus familiares, aos moldes do que fora concedido à Tomasso Buscheta e sua família, e; d) inexistência de programa de repressão à delação caluniosa, de tal que insta a adoção de critérios mais rígidos para a valoração da delação como meio probatório. (MAIA, 2008, ps. 226 e 227).

As críticas formuladas pelo autor datam de 2008. De lá para cá tem sido notória a evolução de instrumentos de natureza delatória no direito pátrio. Quanto à primeira crítica formulada, é possível verificar atecnia quanto à utilização do termo. A hipótese assemelha-se à previsão que remonta às ordenações filipinas, descritas no capítulo inicial. A situação que visa acrescer consiste na concessão de benefícios de redução da pena ou perdão judicial a testemunha, não a um delator, dado que é requisito da delação a autoincriminação com relação à conduta sob investigação.

Quanto às alegações no sentido de que o instituto seria pouco atrativo por conceder apenas redução de pena, raro o perdão judicial, é situação que formalmente se alterou com a edição da Lei n.12.529/11. Isso porque o novo diploma prevê situações de extinção de punibilidade, especialmente quando há celebração de leniência prévia. Cumprido satisfatoriamente os acordos, tem-se a concessão de perdão judicial em esfera administrativa, alcançando as condutas correlatas no âmbito criminal. Nesse sentido, existência correspondência entre as condutas previstas nos arts. 36 e 37 da Lei n. 12.529/11 e os arts. 4º e 5º da Lei n. 8.137/90. Contudo, a extensão dos benefícios obtidos em esfera administrativa não atinge condutas criminais não correspondentes aos atos ilícitos descritos pelo acordo. Assim, questiona-se a atratividade dos acordos, eis que não raro o colaborador é alvo de processo criminal por conduta conexa ao ilícito contra ordem que se pretende sancionar (MARRARA, 2015).

Os problemas relacionados à proteção do colaborador também não foram satisfatoriamente resolvidos. Tão apenas há previsão no sentido de que ao juiz cabe determinar medidas que sejam necessárias à tal proteção, sem maiores especificações. Problema porque torna a celebração de leniência menos revestida de segurança ao

delator e sua família, que continuam sensíveis a chantagens e ameaças dos demais membros do grupo. Caso a legislação pudesse garantir ao delator maior segurança quando da realização de acordo junto à Administração Pública para pôr fim à práticas anticompetitivas, certamente tornaria mais atrativo a traição ao grupo, de forma a alcançar maior instabilidade entre os membros.

Urge a necessidade de que a normatização possa superar o problema da proteção concedida ao colaborador, eis que o teor das informações prestadas é barrado pela gravidade do que se informará. Como demonstrado com o recém depoimento de Marcos Valério, não é raro que a obtenção de informações mais gravosas seja obstada pela ineficiência do Estado na promoção de medidas protetivas ao colaborador. A matéria legislativa acerca do tema é escassa. Sabe-se que as dificuldades enfrentadas pelo Estado à proteção de testemunhas, especialmente dentro de prisões.

É requisito de acordos com natureza de delação premiada o dever de fornecimento de provas documentais para embasar as declarações feitas, obrigação da qual não pode se escusar, caso contrário feriria mecanismos legais que buscam revestir de veracidade as informações, objetivando evitar delações ardilosas. A previsão legal, contudo, é demasiado ampla, de tal que o nexo de causalidade entre as informações documentais e o depoimento do investigado ficam a critério do julgador. Outrossim, não impedem que as provas utilizadas ao embasamento dos depoimentos sejam forjadas.

(...) a palavra do delator deve ser vista com reservas, pois é sempre suspeita, vez que pode estar imbuída de propósitos escusos, como desviar o foco da investigação, eximir eventuais cúmplices, incriminar inocentes, tudo para obter um tratamento menos rigoroso. Além disso, esta prova nem sempre é obtida de forma voluntária, como determina a lei, pois o que se observa na prática em muitos casos é o uso de pressão psicológica e até coação física, a exemplo da prisão preventiva, com o nítido propósito de obter a delação “premiada”, o que, em nosso sentir torna a prova ilícita, uma vez que o meio utilizado encontra-se em desconformidade com a Constituição Federal (BRASIL, H. 2015, Disponível em: <http://heliobrasil.jusbrasil.com.br/artigos/172445068/delacao-premiada-e-acordo-de-leniencia>).

Na prática, vê-se que nem todos os requisitos de validade dos acordos de colaboração são cumpridos de modo incontroverso, não raro manobras interpretativas para fazer valer o nexo de causalidade entre depoimento e provas documentais

apresentadas. Consequentemente, não raro que a documentação trazida para o embasamento das alegações se apresente insuficiente à cognição de veracidade e legalidade das informações trazidas à persecução.

Além disso, a celebração de acordos de leniência celebrados em esfera administrativa é utilizada na persecução criminal como notícia de crime. A notícia de crime deve ser o mais concreta possível, o que torna essencial que o acordo traga informações fortes e verídicas. No âmbito penal, após a notícia do crime, é normalmente necessário novas diligências investigativas, de modo que a persecução criminal, mais invasiva aos direitos do indivíduo, exige motivos suficientes à condenação criminal.

Os números expostos pelo CADE demonstram a notoriedade do uso de acordos de leniência como notícia de crime na persecução penal: “De 2003 a 2006, 30 mandados foram cumpridos, em 2007, 84 mandados foram cumpridos, e, em 2008, 93 mandados foram cumpridos” (BRASIL. Cartilha de Combate à Cartéis de Revenda de Combustíveis, 2009 p. 10). É possível que os fatos sejam gravosos suficientes à condenação administrativa, mas não à sanção penal. Por tal motivo, o mais comum é que as informações do acordo de leniência celebrado junto ao CADE justifique mandados de busca e apreensão no âmbito criminal.

Contudo, da utilização dos acordos de leniência na persecução criminal, decorre variadas críticas. Uma delas é no sentido de que a declaração de impunibilidade de coautor em conduta anticompetitiva fere a isonomia entre os investigados. De outro lado, que se prestam a justificar mandados de busca e apreensão, instrumento de tensão com relação à garantia de proteção da intimidade. Além disso, são formuladas críticas no sentido de que a utilização de delação premiada, por conter a autoconfissão, fere com o direito ao silêncio. O uso dos acordos de leniência na persecução criminal, portanto, é criticado por ser instrumento que se tensiona com diversas garantias constitucionais penais: princípio da não autoincriminação, direito ao silêncio, princípio da presunção de inocência, indisponibilidade e obrigatoriedade da ação penal e princípio da isonomia.

Existem críticas, ainda, no sentido de que a elaboração de acordos de leniência junto à Administração Pública constitui meio de prova pouco moral. Um dos motivos consiste na afirmação de que a imunidade penal concedida após integral cumprimento da obrigação contratual feriria o princípio da obrigatoriedade da ação penal, obrigação indisponível do Ministério Público. Além disso refletiria falhas éticas do Estado, ao ultrapassar princípios constitucionais para desonerar, ao menos parcialmente, um agente de sua responsabilização por conduta delitiva, ferindo o princípio da isonomia (ANDERS et al ; p. 264, 2012).

Se bem ferramentas como os programas de leniência são úteis para o julgamento de crimes complexos, tais como cartéis, é questionável se para uma melhor investigação dos fatos deve necessariamente pagar-se o preço de deixar impune a um ou vários dos participantes da prática anticoncorrencial (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016, p. 17).

Se a eficiência da utilização de acordos de delação premiada em esfera penal são questionáveis por tensionar com as garantias constitucionais citadas, de outro lado tem-se que apenas a partir da celebração de acordos de leniência é possível descobrir a trama delituosa, tanto que é requisito na celebração do acordo de leniência a demonstração de que inexistiria outro meio eficiente de obtenção das informações necessárias à cognição do fato ilícito. Ao fim das investigações, destaca-se a recuperação de valores e o desmantelamento de cartéis e associações criminosas, em geral. Além disso, considera-se o programa de leniência instrumento eficiente a causar instabilidade no grupo, dado que a concessão de benefícios se faz com o fim de vencer os pactos de silêncio típicos de organizações criminosas. A resposta é utilitarista, considerando-se que não se haveria respostas sancionatória do crime por meio diverso.

No âmbito cível os acordos de leniência são usados como meio de prova. Com relação aos pedidos de reparação por danos econômicos demonstra eficiência, quando a parte ré no processo civil é investigada por fato de que trata o acordo de leniência, já que facilita a instrução probatória. Inconteste que a prática de atos competitivos resultam danos aos consumidores, tão só é possível elaborar pedido reparatorio com a comprovação da existência do cartel e do nexo de causalidade entre os danos e a conduta ilícita do acusado. Os acordos de leniência celebrados em esfera administrativa é meio eficiente para tal, tanto por ser, em alguns casos, o único meio de se comprovar a

autoria dos causadores do dano, a compor polo passivo na persecução cível, quanto por trazer informações acerca da materialidade da conduta, a qual será utilizada na explicação do nexo de causalidade entre a conduta ilícita e os danos sofridos.

Com relação ao interesse público, nesse sentido, os acordos de leniência são eficientes especialmente na defesa do consumidor. Tanto em razão dos benefícios decorrentes do eficaz funcionamento da concorrência, que proporciona produtos de maior qualidade por preços mais baixos, quanto pela possibilidade de pedido de reparação dos danos causados aos consumidores em razão de práticas anticompetitivas promovidas por fornecedores. A utilização do instituto da delação premiada no âmbito econômico mantém sua eficiência concentrada precipuamente na figura do consumidor, tal como o foi desde sua origem embrionária (FORGIONI, 2012).

(...) o antitruste não nasce, no Brasil, como fator de ligação entre o liberalismo econômico e (manutenção da) liberdade de concorrência. Nasce como repressão ao abuso do poder econômico e tendo como interesse constitucionalmente protegido o interesse da população, do consumidor (FORGIONI, 2012, p. 99).

A utilização de acordos de leniência como reação do Estado às práticas anticompetitivas é eficiente na medida em que atinge os objetivos da regulação concorrencial geral. Sabe-se agora que o antitruste surgiu no Brasil justamente para proteger o interesse do consumidor. Vê-se que os objetivos atingidos na utilização dos instrumentos em esfera cível corresponde aos objetivos regulatórios sobre o domínio econômico.

Problema interessante proposto na esfera cível foi a extensão do sigilo da proposta de acordo. A matéria ainda não se suporta em jurisprudência forte, dado que a matéria foi provocada, ainda, poucas vezes, dado que a celebração de acordos de leniência tem previsão no Brasil há pouco mais de 15 (quinze) anos, poucos casos foram julgados em esfera administrativa e pouquíssimos casos se vê em esfera cível que se utiliza de tais acordos. A extensão do sigilos da proposta de acordo foi matéria enfrentada pelo STJ (Superior Tribunal de Justiça) quando do julgamento do Recurso Especial n. 1.554.986 – SP (2015/0219111-7), ocasião pela qual declarou a

impossibilidade da extensão do sigilo indefinidamente, o qual apenas se justificaria, em se tratando da regra da publicidade, até o final da fase investigativa. Nesse mesmo sentido os apontamentos de que o programa de leniência pode se tornar menos atrativo, na medida em que o sigilo da proposta não blinda o colaborador da responsabilização cível.

No âmbito administrativo, os acordos de leniência são instrumento de regulação na medida em que utilizado pelo CADE no combate às infrações contra a ordem econômica. Justifica-se a repressão às condutas anticompetitivas na medida em que a manutenção da concorrência de mercado é de interesse público. Além disso, parte-se da crença de que o funcionamento do mercado só pode ser eficiente se os atos praticados pelos agentes de mercado são envoltos de legalidade e legitimidade. Conclui-se assim que os acordos de leniência são indispensáveis à persecução administrativa em alguns casos, eis que por outro meio o exercício investigativo restaria frustrado. Nesses casos é indispensável ao exercício do poder de polícia sanciona abusos de poder econômico, com fito, ainda, de fazer cessar a prática anticoncorrencial.

Dessa forma, os acordos de natureza delatória são instrumentos estatal que tem por objetivo máximo garantir funcionamento de mercado favorável ao consumidor e aos demais agentes de mercado. Além disso, “desde que dentro da legalidade, sem apelo a formas irregulares de retaliação, - quanto mais acirrada a rivalidade comercial entre esses agentes mais eles se prestam ao desempenho de seu papel social” (TAUFICK ; 2012). Nesse sentido, são utilizados como instrumento de regulação econômica, eis que seus objetivos visam, indiretamente, ao controle de preço, quantidade e qualidade, e de oferta e demanda.

Portanto, no âmbito administrativo, é o principal instrumentos de combate às infrações contra a ordem econômica. As condutas infracionais são caracterizadas de alto emprego de inteligência, que torna difícil a obtenção de elementos capazes a comprovar a autoria e materialidade do fato, em alguns casos, possível que o conhecimento das infrações tão apenas venha à luz por meio da colheita de informações junto aos próprios investigados. A celebração dos acordos, outrossim, atinge o princípio constitucional da liberdade de iniciativa pública ao induzir que a obtenção de lucros, no exercício de

atividade econômica *stricto sensu*, não se dê por vias ilícitas. Nesse sentido a exigência de que o investigado cesse com a prática delitiva. A previsão da leniência representa intervenção estatal no funcionamento do mercado por meio de regras de conduta e controle da atividade privada, de modo a salvaguardar princípios e normas da ordem econômica.

O princípio da livre iniciativa, pilar da ordem econômica (art. 170, CF), garante a todos a liberdade de empreender, contudo, não a garantia de empreendimento. A intervenção estatal na regulação e controle da atividade privada deve se dar dentro dos limites constitucionais impostos, dever do Estado garantir que o exercício dessa liberdade por agentes privados se dê, igualmente, dentro dos preceitos constitucionais. A liberdade de empreender é composta de uma liberdade privada, de comércio e indústria, e uma liberdade pública, de concorrência. Essa consiste na possibilidade de conquista de mercado, vedados meios ilícitos. Os acordos de natureza premial são instrumento de combate a utilização de meios ilícitos de conquista do mercado, os quais estão elencados no art. 36 da Lei 12.529/11. Nesse sentido, há regulação econômica na medida em que se protege o princípio constitucional de ordem econômica da livre iniciativa.

É mito que a intervenção do Estado na economia seja negação ao capitalismo. Ao contrário, como visto no segundo capítulo, esta se faz com intenção precípua de manter o sistema vigente, evitando que entre em colapso. Igualmente, não é verossímil que o Direito Econômico se preste a reduzir as desigualdades intrínsecas do sistema, entendido que certo grau de dominância do mercado é natural, vedada tão só aquela que se alcance por meio de práticas ilícitas. Desse modo, a regulação estatal promovida meio da utilização de delação premiada não se presta a reduzir e corrigir falhas sistêmicas, eis que certo grau de assimetria de informações é dita por natural no capitalismo de mercado. O Direito Econômico garante apenas que o funcionamento do mercado se dê para garantir um jogo limpo, de tal que promove acesso e manutenção de mercados de forma indireta e genérica. A intervenção estatal indireta não visa, portanto, utilizar de seus instrumentos com a finalidade de solucionar falhas de mercado,

objetivando apenas prevenir e reprimir condutas artificiais ilícitas, de modo a manter o sistema vigente.

Além disso, vislumbra-se sua proteção ao preceito da função social da propriedade na medida em reprime seu exercício abusivo do poder de obtenção de lucros indevidos.

Concluso, portanto, pela eficiência do uso de acordos de natureza delatória na regulação econômica, por ser meio da prova usado para prevenir e reprimir a abusos de poder econômico que vise à dominação de mercado, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros (art. 173, §4º CF), protegendo o aspecto público da livre iniciativa (art. 170, CF), princípio pilar da ordem econômica.

Antagonicamente às inovações tecnológicas buscadas pelos agentes criminosos na prática de ilícitos de colarinho-branco, buscou o Estado reforço investigativo no inveterado instituto da delação premiada. Inafastável a eficiência do instrumento na regulação econômica, questiona-se, por outro lado, a suficiência dos serviços de inteligência investigativos de que dispõe Administração. Ao prever que a utilização dos acordos de natureza delatória será excepcional, tão apenas nos casos em que não seja possível a cognição dos elementos de autoria e materialidade do ilícito investigado por outras vias, transparece, em sua opção legislativa, não ter acompanhado os avanços tecnológicos dos últimos anos. Inobstante a eficiência do instrumento estudado na manutenção da ordem econômica, é de se preocupar a lentidão do Estado quanto ao desenvolvimento e incremento tecnológico das técnicas investigativas manejadas.

Referências Bibliográficas

ANDERS, Leonardo Caminati, PAGOTTO, Leopoldo e BAGNOLI, Vicente (coordenação). *Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo : Método , 2012

BERCOVICI, Gilberto. *As Origens do Direito Econômico*. In: Homenagem à Washington Peluso Albino de Souza. Rev. Fac. De Direito UFMG, número especial em memória do Prof. Washington Peluso, 2013. Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/P.0304-2340.2013vWAp253/308> Acesso em 08.06.2016.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em 18.08.2016.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm Acesso em 18.08.2016.

BRASIL. Hélio Rubens. *Delação Premiada e Acordo de Leniência*. Publicado em 2015. Disponível em: <http://heliobrasil.jusbrasil.com.br/artigos/172445068/delacao-premiada-e-acordo-de-leniencia> Acesso em 10.08.2016.

BRASIL. *Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994* - Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em Autarquia e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm Acesso em 18.08.2016.

BRASIL. *Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995* - Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm Acesso em 15.06.2016.

BRASIL. *Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998* - Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm Acesso em 15.06.2016.

BRASIL. *Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999*. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente

prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm Acesso em 15.06.2016.

BRASIL, *Lei 10.149 de 21 de dezembro de 2000*. Altera e acrescenta dispositivos à Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10149.htm Acesso em 25.07.2016.

BRASIL. *Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Política Pública sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico de drogas ilícitas; define crime e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm Acesso em: 15.06.2016.

BRASIL. *Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm Acesso em 25.08.2016

BRASIL, *Lei 12.846 de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm Acesso em 25.08.2016

BRASIL. *Lei 12.850 de 2 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm Acesso em 20.08.2016

BRASIL, *Ministério Público Federal*. Caso Lava Jato. Colaboração Premiada. Acordos de Colaboração com investigados e réus. Disponível em: <http://lavajato.mpf.br/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/colaboracao-premiada> Acesso em 05.08.2016.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça* 6ª Turma, HC 107916/RJ Habeas Corpus 2008/0122076-1; Rel. Min. O.G. Fernandes – DJE 20.10.2008 Disponível em:

<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/900646/habeas-corpus-hc-107916-rj-2008-012-2076-1/inteiro-teor-12767189> Acesso em: 20.06.2016.

CADE. *Cade condena cartel no mercado internacional de compressores para refrigeração*. Publicado em 16.03.2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-condena-cartel-no-mercado-internacional-de-compressores-para-refrigeracao>. Acesso em 10.08.2016.

CADE. *Guia Programa de Leniência Antitruste*. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-programa-de-leniencia-antitruste-do-cade-versao-preliminar-1.pdf Acesso em: 20.07.2016.

CADE. *Memorando de Entendimentos nº 1/2006*. Disponível em: http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/memorando-de-entendimentos-sg-e-mpfsp_tcc-e-acordos-de-colaboracao_15-03-2016.pdf Acesso em: 20.07.2016.

CADE. *Processo Administrativo n. 08012.004702/2004-77*. Julgamento em 2012. Disponível em: http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?bANXW6UNcG7RR6ZvMfeTDYWcT52m95hWxk06XwjTjDH37T5dOjVoJ33YnePs08sMRy3FdCSNYKGMhhSegUkEgw Acesso em: 08.08.2016.

CADE. *Programa de Leniência*. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia> Acesso em 19.07.2016.

CADE. *Regimento Interno*. Disponível em: http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/regimento-interno/ricade-com-marcas_01_out_2014_resolucao-08.pdf Acesso em 05.08.2016.

CARVALHO, Vinícius Marques de ; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Defesa da Concorrência no Brasil – 50 anos*. Brasília : Conselho Administrativo de Defesa – CADE 2013.

CAVALCANTI, Fernando da Cunha. *A delação premiada e sua (in)conformidade com a Constituição Federal*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 87, 01/04/2011. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9380. Acesso em 20.06.2016.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Organização Criminosa*. In: Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: Visão Luso-Brasileira, COSTA, José de Faria; SILVA, Antônio Marques da. (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 193-198.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*, 17. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2014.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste* – 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GABAN, Eduardo Molan. *Regulação Econômica e Assimetria de Informações*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n.46, ano 12, jan-mar. de 2004 Disponível em: http://www.sampaioferraz.com.br/images/regulacao_economica.pdf Acesso em 29.07.2016.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 - interpretação e crítica*. 14 ed. São Paulo : Malheiros , 2010.

G1, Portal de Notícias. *Marcos Valério depõe na Lava Jato e denuncia chantagem contra Lula e PT*. Disponível em: <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2016/09/marcos-valerio-depoe-na-lava-jato-e-denuncia-chantagem-contralula-e-pt.html>

IDEA, Instituto. *CADE celebra Acordo de Leniência em investigação de cartel da Usina Angra 3* – Disponível em: <http://www.institutoidea.net.br/acordo-de-leniencia/>

JESUS, Damásio E. de. *Estágio da delação premiada no Direito Penal Brasileiro*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7551/estagio-atual-da-delacao-premiada-no-direito-penal-brasileiro> Acesso em 16.05.2016.

MARRARA, Thiago. *Acordos de Leniência no Processo Administrativo Brasileiro: Modalidades, Regime Jurídico e Problemas Emergentes*. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 02, n. 02, 2015 Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/99195> Acesso em 02.08.2016.

MASSO, Fabiano Del. *Direito Econômico*. Coleção Direito Ponto a Ponto. Rio de Janeiro : Elsevier, 2007.

MELLO, Ricardo de Freitas. *Delação Premiada : Do aspecto jurídico a sua eficácia*. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4661. Acesso em: 16.05.2016.

MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. *Crime Organizado* – São Paulo : Saraiva, 2012.

MOREIRA, Vital. *Introdução à regulação pública da economia*. Coimbra: CEDIPRE/FDUC, 2013.

NASCIMENTO, Vanessa Urquiola do. *A delação premiada no Brasil: críticas a ausência de procedimento legal pensadas a partir do exame da jurisprudência dos Tribunais Superiores*. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/3.pdf> Acesso em 14.05.2016.

NEVES, Edmo Colnaghi. *Acordos de Leniência*. In: Desafios Atuais da Regulação Econômica e Concorrência. ZANOTTA, Pedro ; BRANCHER, Paulo (Org.) São Paulo: Atlas, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza – *O valor da Confissão como meio de prova no processo penal*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1997.

PENTEADO, Jaques Camargo. *Delação Premiada*. In: Faria Costa e Silva (Coord.). Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PETTER, Josué Lafayette. *Direito Econômico. Doutrina e Questões de Concurso*. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico; 2007.

RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Contratualização administrativa no direito concorrencial. – Desafios da regulação econômica e concorrência*. In: Desafios Atuais da Regulação Econômica e Concorrência. ZANOTTA, Pedro ; BRANCHER, Paulo (Org.) São Paulo: Atlas, 2010.

QUEZADO, Paulo; VIRGINIO, Jamile. *Delação Premiada*. Fortaleza : Editora Gráfica Fortaleza, 2009.

SADDY, André. *Fases evolutivas e cronologicamente distintas das formas de intervenção do Estado na Economia*, 2009. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/43091406_Fases_evolutivas_e_cronologicamente_distintas_das_formas_de_intervencao_do_estado_na_economia Acesso em 04.07.2016.

SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo. *Termo de Ajustamento de Conduta em Procedimentos Sancionatórios Regulatório*. Revista de Informação Legislativa n. 206, Brasília, 2015.

SALOMI, Maíra Beauchamp. *O acordo de leniência e seus efeitos penais*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2012.

Secretaria de Direito Econômico, Ministério da Justiça e Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Combate a cartéis e programa de Leniência*. 3ª Ed. 2009.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. 6ª ed. São Paulo : Editora LTR; 2005.

TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste Brasileira*. Rio de Janeiro : Editora Forense 2012.

TAVARES, André Ramos. *A intervenção do Estado no Domínio Econômico*. In: Curso de Direito Administrativo Econômico. Vol. II. CARDOZO, José Eduardo Martins ; QUEIROZ, João Eduardo Lopes e Márcia Valquíria Batista dos Santos (Org.). Editora Malheiros, 2006.

URRUTIA, Francisco Xavier Vitta. *Instituições de Defesa da Livre Concorrência e Programas de Leniência, no Brasil e no Chile sobre o “Cartel de Compressores Herméticos”*. Fórum de Cortes Supremas do Mercosul. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfCooperacao_pt_br/anexo/Francisco.PDF Acesso em 15.08.2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*, 4^a ed. Editora Revan; 2011.