

ACORDO DE LENIÊNCIA: A LÓGICA DO CONSENSO NA PROTEÇÃO DOS INTERESSES DIFUSOS TUTELADOS PELA LEI ANTITRUSTE

*Shirlei Silmara de Freitas Mello**

*Josiane Araújo Gomes***

*Karina Silveira****

*Roziana G. Camilo Lemos Dantas*****

*Thábata Melo Stulano******

*Thiago Machado Martin******

Resumo: *Objetiva o presente estudo discorrer a respeito do acordo de leniência, buscando apurar seu conteúdo e eficácia, bem como os fundamentos principiológicos que justificam a sua aplicabilidade. O poder econômico freqüentemente é utilizado de forma abusiva no mundo capitalista, sendo necessária a atuação do Estado para coibir seu abuso, garantindo a livre iniciativa concorrencial. Para tanto, foi promulgada a Lei nº 8.884/94, com o fito de combater as distorções no mercado, estabelecendo, por conseguinte, sanções aos infratores. Tal intervenção estatal, no que se refere ao antitruste, deve ser materializada através de processo administrativo apto a ensejar a proteção dos interesses difusos, sem se descurar da tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana. Nesse contexto, torna-*

* Professora da Disciplina Direito Administrativo da Universidade Federal de Uberlândia. Doutora em Direito pela UFMG, sobre a temática “Medida Preventiva e Processo Administrativo na Lei nº 9784/99”.

** Discente do 3º ano da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia – Brasil (UFU/MG). Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), sobre a temática “O Princípio da Autonomia da Vontade e a Cláusula Hardship nos Contratos Internacionais Comerciais, principalmente no âmbito do MERCOSUL”.

*** Discente do 3º ano da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia – Brasil (UFU/MG).

**** Discente do 3º ano da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia – Brasil (UFU/MG).

***** Discente do 3º ano da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia – Brasil (UFU/MG).

***** Discente do 3º ano da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia – Brasil (UFU/MG).

se imperiosa a análise da consensualidade, que exsurge na Administração Pública contemporânea como forma diligente e democrática de realização do interesse público. Assim, o acordo de leniência, trazido a lume pela Lei 8.884/94, expressa essa busca pelo consenso que deve operar, sempre que possível, entre Estado e a sociedade. O acordo contribui, sobremaneira, para a otimização da investigação antitruste e, outrossim, para uma maior efetividade da repressão às práticas anticompetitivas, o que amplia significativamente a proteção dos interesses difusos tutelados pela lei em apreço.

Palavras-chave: *Lei 8.884. Processo Administrativo Antitruste. Acordo de Leniência. Consensualidade.*

Abstract: *The aim of this study is to analyze the agreement on leniency, trying to determine their content and effectiveness and the principles arguments justifying its applicability. The economic power is often used in an improper manner in the capitalist world, requiring the performance of the state to curb its abuse by ensuring the free enterprise competitive. To guarantee this, it was promulgated the Law No. 8.884/94, with the aim of tackling the distortions in the market, setting therefore penalties on violators. This state intervention, with regard to antitrust, should be materialized through administrative process able to rise to protection of diffuse interests, without neglecting the protection of fundamental human rights. In this context, it is imperative to analyze the consensus, which appears in Public Administration as a contemporary form of democratic and diligent pursuit of the public interest. Thus, the agreement of leniency, brought to light by Law 8.884/94, expressed this search for consensus that it should operate, where possible, between state and society. The agreement helps, particularly for the optimization of the antitrust investigation and, instead, for greater effectiveness of anti-repression practices, which significantly expands the protection of diffuse interests protected by law under consideration.*

Keywords: *Law 8884. Antitrust Administrative Process. Agreement on Lenienc. Consensus.*

Introdução

O poder econômico, originário do acúmulo de riquezas, é o fator de propulsão do desenvolvimento de produtos e serviços, além do aperfeiçoamento das condições de mercado. Deve conduzir as atividades econômicas sempre a atender às necessidades de toda a coletividade.

Todavia, normalmente não é isso que ocorre no sistema de produção capitalista. As economias dos países acabam por privilegiar os interesses de alguns grupos mais aquinhoados. O uso do poder econômico transforma-se em abuso, prejudicando a livre iniciativa e a livre concorrência, o que torna imperiosa a repressão das condutas abusivas pelo Estado- Regulador interventivo.

A Constituição de 1988, em face da histórica concentração de riquezas e da enorme desigualdade social existentes no Brasil, ostenta princípios sociais econômicos, objetivando reprimir o abuso do poder econômico. Daí o Estado utilizar-se de vários regramentos no intuito de conter este abuso.

Nesse sentido, foi promulgada a Lei nº 8.884 em 1994, com o precípua fim de refutar as condutas abusivas no mercado, estabelecendo, por conseguinte, sanções aos infratores. Esta Lei, conhecida como Antitruste, transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

A manutenção de um livre mercado corresponde a um interesse difuso. Assim, a função da defesa da concorrência é a proteção do mercado, isto é, a busca da livre iniciativa concorrencial, e, enquanto bem juridicamente protegido, cujo titular é a coletividade, deve garantir o exercício pleno dos interesses difusos constitucionalmente assegurados.

O Direito Administrativo Econômico é um mecanismo indispensável no que tange à proteção da concorrência. A intervenção estatal no que se refere ao antitruste deve ser materializada através de processo administrativo apto a ensejar a proteção dos interesses difusos, sem se descurar da tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Nesse contexto, a consensualidade exsurge como uma nova face da Administração Pública contemporânea, vislumbrando uma adequada e

proporcional atividade administrativa Dessa feita, a Lei 8.884 foi modificada no ano 2000, pela Lei nº 10.149, trazendo a lume o acordo de leniência, instituto que exprime esse consenso entre o Estado e a sociedade no intuito de ampliar a proteção à ordem econômica, otimizando, sobremaneira, a investigação antitruste.

Dessa forma, o presente artigo tem por escopo proceder à análise pormenorizada do acordo de leniência, buscando apurar seu conteúdo e eficácia, bem como os fundamentos principiológicos que justificam a sua aplicabilidade.

Por derradeiro, deve ser ressaltado que se utiliza como supedâneo os conhecimentos da ciência jurídica, especialmente aqueles que perfazem o Direito Econômico, tanto no âmbito processual quanto no econômico. Nesse desiderato, elege-se o método dedutivo para desenvolver uma pesquisa teórico-bibliográfica no intuito de se chegar a conclusões aptas a contribuir para a difusão e aperfeiçoamento do tema tratado no mundo científico.

1. Ordem econômica e abuso do poder econômico

A Ordem Econômica consiste, sob um enfoque normativo, no conjunto de normas constitucionais que definem os objetivos de um modelo para a economia e as modalidades de intervenção do Estado nessa área. Compreende também, sob um enfoque empírico, a realidade econômica, a relação entre fenômenos econômicos e materiais que originam o quadro econômico concreto do país.

A Constituição da República de 1988 dispõe sobre a ordem econômica e financeira nacional em seu Título VII. Atribui-lhe um caráter neoliberal, pois, conforme se verifica no artigo 170, a ordem econômica, além de estar fundamentada na livre iniciativa, também consagra outros princípios com os quais deve se compatibilizar.

Ao definir o perfil da ordem econômica como de natureza neoliberal, a Magna Carta consegue conciliar a exploração da atividade de produção e circulação de bens e serviços realizada pelos particulares com a afirmação e proteção de valores que o interesse desses particulares comumente desprezita.

Neste contexto, o poder econômico expressa a capacidade independente de tomar decisões econômicas, ou seja, fora dos limites impostos pelo mercado.

É a capacidade de determinar comportamentos econômicos alheios, em condições diversas daquilo que decorreria do sistema de mercado, se nele vigorasse um sistema concorrencial puro [...] Poder econômico é não só, mas fundamentalmente, o controle sobre os preços [...] não se caracteriza como uma questão de tudo ou nada, mas sobretudo como uma questão de grau. Pode ocorrer que o poder econômico desfrutado por um determinado agente, apesar de existente, não se revista da magnitude necessária para tornar-se objeto da atividade antitruste do Estado [...] (BRUNA, 2001, p.105).

Com efeito, o poder econômico, que surge espontaneamente da organização da atividade de prestação de serviços e geração de bens, e que é regido pelos princípios da livre iniciativa e livre concorrência, deve ser utilizado de forma a atender o bem coletivo. Cabe ao Estado incentivar o uso correto desse Poder Econômico, criando condições para o desenvolvimento das atividades econômicas, de forma a assegurar a livre iniciativa e a promoção dos valores sociais do trabalho.

Considera Bruna (2001, p. 177) que a questão do abuso do poder econômico é complexa e, por isso, qualquer tentativa de conceituação será incompleta e insuficiente. Entretanto, o autor conclui que

tem-se por abuso do poder econômico o exercício, por parte de titular de posição dominante, de atividade empresarial contrariamente a sua função social, de forma a proporcionar-lhe, mediante restrição à liberdade de iniciativa e à livre concorrência, apropriação efetiva ou potencial de parcela da renda social superior àquela que legitimamente lhe caberia em regime de normalidade concorrencial, não sendo abusiva a restrição quando ela se justifique por razões de eficiência econômica, não tendo sido expedidos os meios estritamente necessários à obtenção de tal eficiência, e quando a prática não represente indevida violação de outros valores maiores (econômicos ou não) da ordem jurídica.

Infere-se que abusar do poder econômico é extrapolar as prerrogativas conferidas pelo direito, é almejar fins ilegítimos e inadequados à função social. Ocorre quando o empresário utiliza-se de manobras de dominação da concorrência e do mercado, objetivando o ganho de lucros excessivos, prejudiciais a terceiros, tanto outros empresários quanto os consumidores, e ao Estado.

Diante deste fato, a Constituição da República, em seu art. 173, § 4º dispõe que “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Assim, a repressão ao abuso do poder econômico consiste no conjunto de estratégias adotadas pelo Estado que, mediante intervenção na ordem econômica, têm o objetivo de neutralizar os comportamentos causadores de distorção nas condições normais de mercado em decorrência do acúmulo de riquezas.

Tais comportamentos nocivos ao poder econômico, responsáveis pelo domínio dos mercados, ocorrem quando várias empresas, através de meios sigilosos e fraudulentos, impedem o surgimento de novas estruturas econômicas, ou embaraçam a expansão de outras já existentes, o que se relaciona, por outro lado, ao chamado processo de concentração de poder (monopólios¹, oligopólios², trustes³, cartéis⁴, etc.).

Importante salientar que a ordem jurídica pune o abuso do poder econômico que ameaça ou pode ameaçar a livre concorrência, e não o poder econômico em si. Enquanto esse estiver controlado pela livre concorrência, seu uso é tido como normal, sendo responsável por aperfeiçoar os produtos e serviços, bem como as condições de mercado. Nesse diapasão,

¹ “O monopólio é a situação em que há apenas um fornecedor de um determinado bem ou serviço. Nesses casos, o monopolista pode diminuir sua produção para elevar os preços até atingir o ponto em que a quantidade produzida, multiplicada pelo preço praticado, gera à empresa o lucro máximo. Com preços artificialmente elevados, potenciais consumidores são excluídos do mercado, o que se reflete numa perda de bem-estar para a sociedade. Por outro lado, o monopolista não tem tantos incentivos para buscar inovações tecnológicas e formas mais eficientes de operar, uma vez que não existem outras empresas lutando pelo mercado” (disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?51d152de2deb2c0e272f>>. Acesso em: 16 set. 2008).

² “situação de mercado na qual, num limitado número de produtores, cada um é bastante forte para influenciar o mercado, mas não o é para desprezar a reação dos competidores” FERREIRA, A.B.H. *apud* Popp e Abdala, (1997, p. 36).

³ “[...] Tecnicamente, o truste é uma forma de combinação de empresas, mediante o uso de um instituto jurídico do direito anglo-americano, o *trustee*, ou ente fiduciário: os acionistas de várias empresas autônomas confiam as suas ações, com o respectivo poder de controle e decisão, a uma pessoa de confiança, - geralmente um líder empresarial; e este manipula todas as empresas como se fossem uma só empresa gigantesca: pode assim exercer um poder de monopólio, sobre todo um setor da economia do país, se o truste for grande” GALVES, Carlos *apud*, POPP e ABDALA (1997, p. 36).

⁴ Cartel “é um acordo entre empresas, limitado, temporário, tendo por objeto estabelecer uma uniformidade nos preços de compra das matérias-primas de que elas se abastecem, ou nos preços de venda de produtos que elas produzem, ou sobre o volume de produção de todas ou de cada uma delas, ou a repartição entre elas dos mercados mundiais, nacionais, regionais e urbanos” GALVES, Carlos *apud* POPP e ABDALA, (1997, p. 36).

a Constituição Federal, ao estruturar a economia brasileira pelo princípio da livre concorrência, admite a generalidade das práticas empresariais voltadas à conquista de mercados, ainda que derivados do exercício do poder econômico. Somente quando a própria competição está em risco, a Constituição, para assegurar, reputa abusivo o seu exercício e autoriza à lei a repressão. (COELHO, 2005, p. 201).

Diante do exposto, e tendo-se em vista os vários princípios enumerados no art. 170 da CR como sendo fundamentos da ordem econômica, dois deles são de primordial importância para o presente estudo: a livre iniciativa e a livre concorrência.

A livre iniciativa e a livre concorrência são princípios intimamente relacionados. Mas não se confundem, e sim são complementares entre si. Ambos constituem liberdades reguladas pela justiça social, dignidade humana e valorização do trabalho. A consagração destes princípios não exclui a atuação do Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174, CR).

Além de estar prevista como fundamento da ordem econômica (art. 170, caput, CR), a livre iniciativa é também considerada como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, CR). Por isso, assevera Grau (2004, p. 186) que “não se pode visualizar no princípio tão-somente uma afirmação do capitalismo”. Engloba tanto a valorização do livre trabalho humano, quanto a proteção da liberdade dos agentes econômicos ingressarem no mercado (liberdade de iniciativa econômica, cujo titular é a empresa).

Por sua vez, o princípio da livre concorrência pode ser considerado como o contraponto do princípio da livre iniciativa. Prevista no art. 170, IV, da CR, a livre concorrência origina-se da rivalidade advinda da desigualdade inafastável presente em um regime de livre iniciativa. A livre concorrência só existe em um mercado em que haja desigualdades, e por isso é ela responsável por exigir do Estado uma efetiva ação de restrição à liberdade de iniciativa.

Portanto, para que exista a livre concorrência, é necessário que não se utilize em termos absolutos a livre iniciativa, a qual deverá ser restringida pelo Estado, buscando reprimir o abuso em seu exercício. A iniciativa privada pode exercer-se livremente no mercado, enquanto instrumento do progresso social e coletivo, nos quadros definidos pela Constituição e pela lei infraconstitucional.

O direito brasileiro reprime duas formas de práticas concorrenciais ilícitas: a concorrência desleal e a infração da ordem econômica. Nessa última encontra-se a Lei 8.884/94, que, à luz de seu art. 1º, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

A implementação de um ambiente econômico interno competitivo é imprescindível para melhorar a competitividade da indústria local, pois permite que as empresas atuem com eficiência, reduzindo os custos e, conseqüentemente, os preços⁵. (Pereira, Edgard Antônio, *apud* Franceschini, 1998).

Nestes termos, o Direito Administrativo Econômico é indispensável no que tange à proteção da concorrência. Contudo, somente a sua existência não é hábil a garantir a defesa do processo competitivo. É fundamental que haja a solidificação de uma estrutura legal e econômica para que a legislação da concorrência possa ser implementada efetivamente. Ademais, segundo será abordado, é precípua que o Estado lance mão de instrumentos que possibilitem soluções consensuais nas decisões regulatórias do mercado tendo em vista os benefícios maiores à coletividade.

2. Lei antitruste como meio de repressão ao abuso do poder econômico

Antes de se analisar o processo administrativo antitruste, tornam-se indispensáveis algumas considerações acerca dos comandos de direito material elencados na Lei 8.884/94, uma vez que toda regra processual deve ser pensada na exata medida das necessidades daquele. Destarte, nunca houve autonomia do processo, mas sim uma relação de interdependência entre o direito processual e o direito material.

Conforme já exposto, a repressão ao abuso do poder econômico é mandamento constitucional. Em cumprimento a tal determinação, foi promulgada a Lei nº 8.884/94, conhecida como Lei Antitruste. Todavia, a

⁵ Não se pode olvidar que a proteção da concorrência nos mercados, garantindo um mercado competitivo, enseja indiretamente a proteção do consumidor, porquanto este passa a ser atendido com produtos de melhor qualidade e preços mais baixos, o que amplia significativamente a possibilidade de escolha do melhor produto e do melhor prestador de serviços.

esta lei não é, meramente, uma nova lei antitruste. Assinala Grau (2004, p. 195) que “seu fundamento constitucional não se encontra apenas, exclusivamente, no § 4º do art. 173 da Constituição de 1988 – trata-se de lei voltada à preservação do modo de produção capitalista”.

Isso porque a lei em comento busca garantir a livre concorrência - responsável por permitir a entrada, permanência e convivência de empresas de pequeno e grande porte no mercado-, beneficiando os consumidores com o estabelecimento de preços justos e produtos de melhor qualidade, além de propiciar um maior número de empregos no país.

Com efeito, a vigente lei antitruste é resultado do Estado Social, pois é necessário limitar a concorrência para preservar a igualdade entre as partes, a livre iniciativa e a própria concorrência (POPP e ABDALA, 1997).

O exercício concentrado do poder econômico conduz a abusos que transcendem os próprios lucros excessivos e o sacrifício econômico do consumidor, enquanto tal, atingindo o próprio cidadão na sua qualidade de sujeito do Estado. Dessa forma, a proteção do mercado e a repressão ao abuso do poder econômico não se limita apenas à proteção individual do empresário, e do consumidor, mas, outrossim, dos interesses difusos⁶ e coletivos, pois é a própria coletividade a titular dos bens jurídicos protegidos pela lei.

A livre concorrência deve, nesse contexto, ser defendida no local em que esteja sendo distorcida por práticas nocivas, mas deve também ser cultivada e incentivada nesses setores. Isso porque a livre concorrência constitui um dos princípios reguladores da ordem econômica, o que impede a própria Administração Pública de suprimi-la ou, sem que aponte fundamento legítimo, impor restrições aos administrados.

Diante dessa realidade, a Lei 8.884/94 traz em seu art. 20 modalidades expressivas de abuso a serem combatidas, independentemente de culpa, as quais compreendem as ações que prejudiquem ou limitem a livre concorrência ou a livre iniciativa, a dominação de mercado relevante de

⁶ Direitos difusos são direitos transindividuais que unem pessoas indeterminadas, ligadas por uma situação de fato. Possuem objeto indivisível que, quando lesado, prejudica a todos os eventuais titulares, e não apenas uma parcela deles. Permitem que haja alterações em sua titularidade sem nenhuma formalidade jurídica, pois a ligação existente é fática, e não subjetiva. “Embora comuns a uma pluralidade de pessoas, não se pode quantificar qual a parcela que cabe a cada titular.” (MELLO, 2003, p. 263). Por isso, representam interesses pertencentes a toda uma coletividade, reconhecidos juridicamente, e não apenas a uma única pessoa ou a um grupo de pessoas.

bens e serviços, o aumento arbitrário dos lucros, e o exercício de forma abusiva da posição dominante.

O art. 21 da mesma lei arrola, não exaustivamente, condutas que caracterizam infrações à ordem econômica na medida em que configurem as hipóteses previstas no art. 20. Assim, a conduta empresarial correspondente a algum dos incisos do art. 21 só será considerada infracional se o seu efeito, potencial ou efetivo, no mercado estiver configurado no art. 20.

Nos artigos seguintes, a Lei 8.884/94 traz as penas aplicáveis às infrações, que vão desde a aplicação de multa à empresa e ao administrador até a determinação da cisão da sociedade, transferência de controle acionário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários à eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Sobre a lei em comento, é relevante ressaltar que não caracteriza dominação de mercado relevante de bens e serviços a conquista desse mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores, conforme disposto no § 1º, do art. 20, da lei em apreço.

No atinente a esse parágrafo, percebe-se que o uso devido do poder econômico não é punido, como já afirmado outrora. Somente quando o uso converte-se em abuso é que torna imperiosa a repressão realizada pelo Estado. Logo, a lei antitruste é dotada de caráter subsidiário, o que implica dizer que a intervenção estatal só é cabível em determinadas situações, conforme já exposto, sob pena de uma intervenção desarrazoada, ilegítima.

A conclusão a que se chega é que os preceitos desta lei manifestam a concepção do próprio Direito enquanto regulador de relações complexas para que haja uma convivência social harmônica e equânime, sem a qual a sociedade estaria fadada ao caos, sujeita à vontade do mais forte, sobremaneira nas relações econômicas.

3. Processo administrativo antitruste

Inicialmente, cumpre ressaltar que a distinção entre os termos processo e procedimento é uma tônica que tem sido muito discutida pelos processualistas. Portanto, antes de adentrar a análise geral do processo administrativo da lei 8.884, torna-se inevitável trazer à baila a conceituação e limitação dos referidos termos.

Como bem preleciona Mello (2003, p. 43), “o procedimento é gênero; em sendo realizado com contraditório, trata-se então de processo”. Essa

é a posição é originária do jurista italiano Elio Fazzalari. Para ele, processo envolve procedimentos que interferem na realidade jurídica dos administrados, determinando uma obrigação ou a aplicação de alguma sanção, devendo sempre ser desenvolvida com observância rigorosa ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa. Por sua vez, o vocábulo procedimento demarca o desdobramento dos atos e fatos que configuram o processo como um todo, não interferindo, pois, decisivamente na esfera jurídica do administrado. (CASTRO, 2005)

Portanto, salienta Oliveira (2007) que a lei 8.884 abarca um único processo administrativo⁷, qual seja, aquele determinado a proteger a livre iniciativa concorrencial. Nesse sentido, quando se estiver à frente de procedimentos desta lei que permitam a aplicação do contraditório, da defesa e do devido processo legal, estar-se-á, na realidade, diante de espécies do processo administrativo na lei antitruste.

Nessa temática, enfatiza Diddier Jr. (2008, p.29) que “o processo deve estar adequado à tutela efetiva dos direitos fundamentais (dimensão subjetiva) e, além disso, ele próprio deve ser estruturado de acordo com os direitos fundamentais (dimensão objetiva)”. Desta feita, só terá a efetividade do processo se este for concebido como um instrumento garantidor da real concretização desses direitos fundamentais tanto discutidos e positivados nas mais diversas constituições nacionais. Assim, o processo não deve ser mais sopesado como mera técnica, mas como um instrumento para a realização de valores, essencialmente os constitucionais.

Nesse enfoque, a coletividade, enquanto titular dos interesses difusos protegidos pela lei 8.884/94 tem o direito de provocar o Estado para que este garanta a realização desses interesses. Isto porque o interesse difuso representa o interesse público, e o Estado deve buscá-lo em todas as suas atuações, em respeito ao Princípio da Indisponibilidade de tal interesse. Dessa forma, a coletividade, para ver protegidos seus direitos difusos, necessita de um meio participativo, no qual haja publicidade, contraditório, que a permita reivindicar pela atuação do Estado. Tal meio é o processo.

Por essa razão, a atuação do Estado no que tange ao antitruste se materializa primordialmente por intermédio de processo administrativo.

⁷ O artigo 23 do regimento interno do CADE define quais são os procedimentos relacionados à defesa da concorrência, subdivididos em 10 classes, a saber: Acordo de Leniência; Ato de concentração; Auto de Infração; Consulta; Medida Cautelar; Medida Preventiva; Processo Administrativo; Recurso Voluntário; Averiguação Preliminar; Restauração de Autos. Quanto ao objeto, pode-se classificá-los em: procedimentos para análise de condutas (controle repressivo); e procedimentos para análise de atos de concentração (controle preventivo).

Este deve ajustar a conduta estatal em pautas balizadoras, outorgando segurança jurídica aos interessados para que obtenham uma decisão legítima e efetiva, com a correta aplicação dos princípios constitucionais. Corroborando este argumento, Figueiredo (2004, p.13) atesta que “o processo administrativo é um instrumento inerente ao Estado Democrático de Direito, que garante a realização da justiça nas decisões administrativas, ou seja, em última análise, permite a exequibilidade do Estado democrático de direito”.

Por fim, o processo administrativo assume grande relevância neste artigo, já que a celebração do acordo de leniência, objeto principal do presente estudo, enseja a investigação de infrações do autor participante do acordo, obtendo provas a serem analisadas, e evidenciando demais co-autores participantes da infração. Assim, a investigação e eventual punição destes só serão legítimas se forem desenvolvidas à luz de processo administrativo e de todos os princípios a ele inerentes. Além disso, as consequências trazidas para o autor da celebração do acordo com o órgão competente só podem ser aplicadas após o devido trâmite legal sob pena de invalidação dos benefícios que lhe foi concedido.

4. Acordo de Leniência: otimização da investigação antitruste

De acordo com Rodas (2007, p.22), “acordos de leniência são aqueles firmados entre um integrante-delator do cartel e a autoridade antitruste com vistas a reduzir ou afastar as sanções que seriam aplicadas ao primeiro em troca de cooperação nas investigações;” vale dizer, ajustes que permitem que os infratores contribuam com as investigações, com o fim de prevenir ou reparar dano de interesse coletivo. Logo, acordo de leniência é uma tentativa de, pela via jurídica, dismantelar organizações que degeneram o ambiente de livre competição entre os agentes de mercado.

A Lei nº 8.884/94 foi modificada no ano de 2000, pela Lei 10.149, para permitir o instituto do Acordo de Leniência. O art. 35-B, incluído por essa lei, diz em seu *caput* e incisos I e II que

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

I - a identificação dos demais co-autores da infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

O acordo em estudo, introduzido recentemente no ordenamento jurídico pátrio, espelhou-se efetivamente no sucesso da implementação desse instrumento em jurisdições mais avançadas do mundo, especialmente no combate aos cartéis.⁸

Geralmente, é bastante difícil detectar e investigar um cartel sem a cooperação de um participante da conduta ilícita, dado seu caráter sigiloso e fraudulento. Ao instituir o acordo de leniência, o Brasil optou pela consensualidade que, na medida do possível, deve operar na Administração Pública com vista à otimização da investigação antitruste de forma a proteger os interesses tutelados pela ordem econômica, bem como reprimir os atos que expressam o abuso do poder econômico⁹.

Na sistemática do artigo supra, percebem-se os benefícios decorrentes da celebração do referido acordo para as pessoas físicas ou jurídicas que colaborem nas investigações. Nesse ensejo, mister se faz salientar que o acordo de leniência deverá operar dentro de processo administrativo que garanta segurança suficiente para validar as decisões emanadas pelo órgão administrativo competente para tanto. Nesse sentido, é abominável a idéia do desenvolvimento das investigações propiciadas por este acordo sem o trâmite do devido processo legal¹⁰ e de todas as demais garantias a ele inerentes.

⁸ O acordo de Leniência é uma ferramenta indispensável no para coibir práticas anticoncorrenciais nos EUA, nos países da União Européia, Alemanha, Japão, Austrália, Canadá, Áustria, Grécia, entre outros. Tal instituto é de origem norte-americana, onde existe desde 1978, quando foi criado, pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/0C5C3163D834AB588C7651A10B74C32PTBRIE.htm>>. Acesso em 25 de setembro de 2008.

⁹ Com o escopo de prevenir e punir cartéis, o CADE já sustentou em vários momentos que o Acordo de Leniência é o instrumento de investigação mais efetivo para tal feito. Este órgão, em 2007, “ratificou integralmente Acordo de Leniência celebrado com participante de cartel de serviços de vigilância no Rio Grande do Sul, que foi o primeiro acordo do tipo celebrado no Brasil”. Logo, o acordo foi decisivo para a instauração de processo administrativo, sem a qual, provavelmente, o cartel não teria sido desmembrado. (disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ9F537202ITEMIDA0C5C3163D834AB588C7651A10B74C32PTBRIE.htm>>. Acesso em 25 de setembro de 2008).

¹⁰ Embora sendo instrumento de inspiração no *Plea Bargain* norte-americano, dele se difere, porque não impõe a supressão do devido processo legal. A *plea bargain* constitui uma transação que abrevia o processo, tornando desnecessária a colheita da prova, suprimindo a fase de debates entre as partes. O agente do fato ilícito admite sua culpabilidade, em troca de benefícios legais. O instituto garante a elucidação de crimes, o que assegura rápida punição aos seus autores, além de diminuir o volume de trabalho no Judiciário.

4.1 Celebração do Acordo de Leniência e seus efeitos

O já mencionado artigo 35-B da lei antitruste traz em sua tessitura a celebração do acordo de leniência. Compete à Secretaria de Direito Econômico (SDE) firmá-lo com o integrante-delator do cartel, desde que esse integrante (empresa ou pessoa física) seja o primeiro a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação (§2º, I, do art. 35-B).

As informações fornecidas pelo delator devem suprir a falta de conhecimento sobre o fato pela SDE; se essa já dispunha de informações suficientes para assegurar a condenação dos envolvidos no cartel, não caberá o acordo (art. 35-B, §2º, III).

Também é necessário, para se firmar o acordo, que a empresa ou pessoa física delatora cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada (§2º, II); confesse sua participação no ilícito; e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo¹¹ (§2º, IV).

O acordo de leniência não se sujeita à aprovação do CADE, mas cabe a este órgão emitir sua decisão final sobre o caso, verificando se o beneficiário deste acordo cumpriu os termos e condições nele dispostos e, se for o caso, ratificar a imunidade total ou parcial concedida pela SDE.

Assim, em relação ao aspecto administrativo, o acordo de leniência tem o condão de afastar totalmente a pena ou reduzi-la de forma proporcional à colaboração do delator.

O ponto polêmico deste acordo encontra-se em seu aspecto penal, de acordo com o estatuído no art. 35-C, em que o acordo de leniência determina a suspensão do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia nos crimes contra a ordem econômica tipificados na Lei 8.137/90. Cumprido o referido acordo pelo agente, haverá a extinção automática da punibilidade quanto a esses crimes.

No Brasil, a formação de cartéis é classificada não só como ilícito administrativo, como também penal, sujeita à ação penal pública incondicionada. Está prevista no art. 4º da Lei 8.137/90, sendo sancionada com pena de reclusão de dois a cinco anos ou multa.

Nesse panorama, a conduta em enfoque, ao ser tipificada como ilícito penal, enseja uma grande controvérsia entre Ministério Público e o CADE.

¹¹ O programa de Leniência - desenvolvido pela Secretaria de Direito Econômico em fevereiro de 2008- estabelece precisamente os principais termos e condições do acordo de leniência. (Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ9F537202ITEMIDA0C5C3163D834AB588C7651A10B74C32PTBRIE.htm>>. Acesso em 25 de setembro de 2008).

É que, embora haja menção expressa no art. 35-C sobre a extinção da punibilidade, a suspensão do curso do prazo prescricional e o impedimento do oferecimento da denúncia, os crimes contra a ordem econômica são de ação pública incondicionada, cabendo apenas ao Ministério Público, como titular da ação penal, dispor ou restringir a sua aplicação, nos casos previstos em lei.

Além disso, fica nas mãos da SDE e do CADE o julgamento do ilícito penal, sendo que eles não integram o Poder Judiciário, e a CR/88 dispõe, em seu art. 5º, LIII, que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Uma solução encontrada pela SDE poderia ser a inclusão

como signatários dos acordos de leniência Procuradores da República e Promotores Estaduais, que se tenham comprometido a não proceder à denúncia criminal relativa à conduta sob investigação. Essa inclusão tem fundamental importância como forma de resguardar a empresa de futuros processos no campo penal. (RODAS, 2007, p.29)

Independente dessa alternativa, não há fundamento plausível para se considerar tal previsão como inconstitucional, pois ela vai ao encontro do objetivo almejado pelo Estado: intervir para coibir o abuso do poder econômico. Percebe-se que as razões que fundamentam a tese da inconstitucionalidade são bastante frágeis e não convencem. Ficar atrelado à concepção de que cabe apenas ao Ministério Público dispor ou restringir a ação penal, e que apenas o Judiciário pode julgar tais ações, restringe a atuação estatal, além de tornar mais demorada, e até ineficaz, a repressão às práticas anticoncorrenciais, devido à morosidade que hodiernamente caracteriza esse Poder. Deve-se atentar que as benesses asseguradas na seara criminal, perfazem meras conseqüências naturais do acordo firmado, ou constituem atrativos à delação por parte de qualquer integrante de um quartel, e, por conseguinte, a coletividade será a grande beneficiária desse procedimento, o que indubitavelmente ensejará a consecução de um interesse maior: o interesse público.

Na prática, tendo em vista a aproximação indispensável das esferas administrativa e criminal, com a proteção do delator também no campo penal, houve a criação de Centros de Inteligência com a Polícia Federal¹²,

¹² A Lei n. 10.446/2002 prevê expressamente que “quando houver repercussão interestadual ou internacional que exija repressão uniforme, poderá o Departamento de Polícia Federal

o Ministério Público (Federal e Estadual) e a Advocacia Geral da União com objetivos bem delineados, quais sejam: a) aprimoramento das técnicas de investigação; b) cooperação, troca de informações e documentos, investigações administrativas e criminais de cartéis; c) uso de busca e apreensão, escutas telefônicas e a extensão de proteção criminal à leniência assinada na seara administrativa. Nesse contexto, a parceria específica do MP nos acordos de leniência garantiu que nenhum dos delatores sofresse qualquer tipo de ação penal em decorrência da participação em cartel, afirmando o sucesso do acordo em estudo.

Alude-se à leniência *plus* para designar a concessão de benefícios a eventual candidato que não se qualificou para a celebração de um Acordo de Leniência em relação à determinada conduta sob investigação pelo motivo de ser o segundo a se candidatar-se ou por ter estado à frente da infração. O gozo de tais benefícios está condicionado ao fornecimento de informações relevantes acerca de outro cartel, e ao cumprimento dos demais requisitos do Programa de Leniência¹³. Insta afirmar que o Brasil, ao instituir os novos benefícios em questão, contribuiu para o incentivo maior à delação bem como para uma maior instabilidade dos cartéis.

Por fim, desde a celebração do acordo de leniência até uma possível condenação de integrantes dos cartéis, vigora o sigilo de toda a investigação como forma de proteção aos envolvidos e para a efetividade do acordo. Segundo o Programa de leniência, as propostas não convertidas em acordo não importarão em reconhecimento de confissão da matéria de fato, nem de ilicitude da conduta, devendo a SDE devolver todos os documentos ao proponente, sem reter nenhuma cópia.

4.2 Acordo de Leniência e Termo de Compromisso de Cessação de Prática (TCC)

Não se poderia deixar de fazer um paralelo entre o Acordo de

do Ministério da Justiça, sem prejuízo da responsabilidade dos órgãos de segurança pública arrolados no art. 144 da Constituição Federal, [...] proceder à investigação, de [...] II – formação de cartel”.

¹³ A leniência *plus* também tem sido bem sucedida em vários países do mundo e faz com que seu beneficiário receba “todos os benefícios da leniência em relação à segunda infração e redução de um terço da pena que lhe seria aplicável com relação à primeira infração. Para fazer jus aos referidos benefícios, o interessado tem que denunciar o segundo cartel antes que o primeiro caso seja enviado pela SDE ao CADE para julgamento final”.(disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ9F537202ITEMIDA0C5C3163D834AB588C7651A10B74C32PTBRIE.htm>>. Acesso em 27 de setembro de 2008).

Leniência e o Termo de Compromisso de Cessação de conduta, institutos aplicáveis ao antitruste, e sobre algumas mudanças oriundas da Lei 11.482/2007.

A lei antitruste permite que empresas e pessoas físicas investigadas por formação de cartel possam suspender o processo administrativo por meio da assinatura do chamado Termo de Compromisso de Cessação de Prática (TCC), desde que haja plena concordância do CADE. Os efeitos do referido compromisso estão consolidados nas obrigações constantes dos parágrafos 1º e suas alíneas do artigo 53, do mencionado diploma legal. Convém salientar que o processo contra a parte acusada fica suspenso por um tempo determinado e, após este período, se a autoridade concluir que o suposto infrator se comportou dentro dos padrões concorrenciais, o processo é definitivamente arquivado.

A autoridade competente (SDE) dispõe de discricionariedade nos moldes legais para firmar ou não o Compromisso de Cessação. A finalidade deste é sempre evitar danos potenciais ao mercado, podendo, para o representado, significar um benefício, haja vista que haverá um robusto desconto no valor de esperada multa que seria imposta ao final do processo¹⁴, e economia de tempo e recursos, além de propiciar maior celeridade e eficiência ao processo administrativo em curso contra os demais representados.

É notório que o TCC configura uma medida cautelar que, em sentido amplo, representa todo e qualquer ato intentado para prevenir, conservar, ou defender direitos. Os requisitos para alcançar a concessão de providência de natureza cautelar em matéria antitruste são: (i) um dano potencial, um risco de que a análise da operação e sua possível reprovação, em razão do *periculum in mora*, não seja útil para proteger a coletividade dos danos causados por esta, risco este que deve ser objetivamente apurável; (ii) o *fumus boni iuris*, representando a plausibilidade do dano efetivo invocado por quem pretenda a segurança.

Portanto, o TCC traduz-se em um benefício ao representado e à sociedade. É passível de celebração em processos administrativos, nos

¹⁴ Para a assinatura deste acordo, é fixada uma contribuição pecuniária a ser recolhida imediatamente em favor do Fundo de Interesses Difusos e Coletivos. No que tange aos cartéis, “a lei estabelece que deve haver contribuição pecuniária de ao menos 1% do faturamento bruto da empresa no ano anterior ao do início da investigação. Para a pessoa física, o mínimo equivale a 0,1% do mesmo faturamento”. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ9F537202ITEMID597B15F35E7043448D2E1D00D14E5804PTBRIE.htm>>. Acesso em: 30 de setembro de 2008.

casos em que o transcorrer natural do processo poderia significar um risco de prejuízo à concorrência e, conseqüentemente, à coletividade. Atente-se que, em matéria de direitos difusos, a medida cautelar é uma ordem. Logo, o TCC busca impedir que a lesão se prossiga, e que haja a reparação do bem difuso lesado.

Por sua vez, o acordo de leniência não representa uma providência de medida cautelar. A sua celebração se consolida anteriormente a uma possível instauração de processo administrativo, e, por isso, não se vislumbra a presença de *periculum in mora* e *fumus boni iuris* que justifiquem a implantação de tal medida. Nesse sentido, pode-se caracterizar o acordo como um instituto anômalo, essencialmente importante na defesa da ordem econômica. Em matéria antitruste, a maior razão para o reduzido número de processos e condenações é a dificuldade de obtenção de provas da existência do ilícito, o que gera a necessidade da busca por institutos *sui generis* como este.

Com efeito, ambos os institutos enfocados são tipos de ações consensuais nas relações Estado-sociedade que propiciam uma adequada e proporcional atividade administrativa. Perfazem procedimentos de apuração de condutas na lei antitruste (controle repressivo).

Outro aspecto relevante está nas alterações da referida lei pela promulgação da Lei 11.482/2007 no que tange ao TCC. Este sofreu várias mudanças desde a sua implementação. No início não era aplicável aos cartéis, mas a lei supracitada mudou este entendimento, e o instituto enfocado passa a ser aplicável em todas as infrações contra a ordem econômica.

Inicialmente, na contramão do que ocorre no acordo de leniência, o TCC não requeria a confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada por parte da empresa ou pessoa física quanto ao ilícito. Com as mudanças, fica a critério da autoridade antitruste exigir ou não esta confissão. Hoje, há um novo posicionamento da SDE e da Procuradoria do CADE, que passam a sustentar pela existência do reconhecimento de culpa em todos os casos de cartel no que se refere às pessoas jurídicas.

Apresenta-se louvável a nova posição desses órgãos, pois visa preservar efetivamente o acordo de leniência. A não exigência de confissão de culpa nos cartéis clássicos poderia tornar o TCC uma alternativa mais atraente do que o A.L que requer obrigatoriamente esta confissão. Ademais, a referida confissão faz com o que o TCC esteja aderente ao interesse público, e que haja uma percepção pública positiva em relação ao acordo celebrado.

5. Consensualidade na administração pública, busca da verdade material e outros fundamentos principiológicos do Acordo de Leniência

Após uma análise da celebração do acordo de leniência, de sua natureza e de seus efeitos, julga-se oportuno discorrer sobre alguns princípios que assentam em bases sólidas o acordo em estudo, e que justificam a sua aplicabilidade.

A primeira questão refere-se aos novos paradigmas da consensualidade na Administração Pública. Opera-se o emprego constante de métodos e técnicas negociais no âmbito das atividades exercidas pelos órgãos e entidades públicas, o que tem sido louvável em um Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário, poderia se pensar que a incessante necessidade de utilização de instrumentos consensuais no âmbito do direito administrativo moderno implicaria na desconsideração do poder extroverso do Estado; poder este que influencia unilateralmente na esfera jurídica do particular à luz do princípio da supremacia do interesse público. É preciso ir mais além deste raciocínio simplório e por demais falacioso. O atributo da imperatividade, em que pese compor-se em legítimo meio de ação estatal, deve sim ser compatibilizado com os instrumentos consensuais de atuação do poder público. Nessa esteira, já dizia Bobbio (1987, p.26) que *“o Estado de hoje está muito mais propenso a exercer uma função de mediador e de garante, mais do que a de detentor do poder de império”*.

Nesse sentido, a consensualidade deverá operar, na medida do possível, em substituição à imperatividade por meio de um consenso entre a Administração e administrados em prol da legitimidade do Poder Estatal e da garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana. Deve haver, pois, a criação de atrativos aos entes da sociedade civil para atuarem em diversas formas de parceria com as diferentes entidades do Poder Público. (MOREIRA NETO, 2001).

A consensualidade, presente nas decisões regulatórias de mercado, enseja a possibilidade de celebração de “acordo substitutivo” em que há a ponderação dos custos e benefícios da decisão. Troca-se a pena por uma prestação de melhor proveito para a coletividade. No caso específico do acordo de leniência, há a extinção ou abrandamento da pena na seara administrativa - mais os benefícios no âmbito penal -, em troca da cooperação do delator nas investigações e no processo administrativo. Exemplos típicos de instrumentos de consensualidade no âmbito do Direito

Administrativo Concorrencial são: a) termo de ajuste de conduta (art.5º, § 6º, Lei 7.347/85); b) termo de compromisso de cessação de conduta sem apuração de culpa ou decisão de mérito (art.14, X, Lei 8.884/94); c) termo de compromisso de desempenho (art. 58, Lei 8.884/94); d) acordo de leniência (art. 35-B, Lei 8.884/94); e) termo de compromisso de ajustamento de conduta (art. 29, da Lei 9.656/98).

Ao instituir o Acordo de Leniência, o Brasil primou pela consensualidade entre Estado-Sociedade em prol de efetividade nas decisões regulatórias de mercado, e no combate às infrações concorrenciais. Não se pode olvidar que o cenário do antitruste é permeado por relações econômicas bastante complexas, e que as medidas hábeis à defesa de uma livre iniciativa concorrencial devem se revestir de eficiência, o que será tangível à medida em que haja, sempre que possível, consenso entre o ente antitruste e os particulares, com a devida valorização destes e o atendimento aos ditames constitucionais. Nessa esteira, enfatiza Moreira (2003, p.181), quanto à eficiência, que “não basta a inconsciente busca dos fins legais. Estes sempre devem ostentar qualidades humanas e sociais positivas”. Logo, os mecanismos consensuais são imprescindíveis na defesa da livre iniciativa concorrencial sob pena de uma intervenção estatal marcadamente unilateral, coercitiva, desproporcional, e onerosa à coletividade.

Nesse sentido, enfatiza Bittencourt (2008, p. 71) que “sempre que se puder realizar o interesse público, mediante atuação consensual do particular, os mecanismos coercitivos deverão ser evitados, uma vez que se apresentam desproporcionais”. Portanto, o princípio da proporcionalidade impõe, na medida do possível, a adoção de mecanismos consensuais no manejo de interesses públicos.

Com a adoção do acordo de leniência – mecanismo consensual nas decisões regulatórias de mercado –, propiciou-se alcançar, de forma mais ágil e eficaz, a verdade material (real, substancial) que deve sempre operar nos debates que envolvam interesse público.

O princípio da verdade material ou verdade real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos suscitados pelos sujeitos. (MEDAUAR 2006, p.172)

Interessante abordar que, no caso específico do acordo de leniência, a verdade real dos fatos é levada à autoridade antitruste pelo próprio integrante de cartel. A partir daí, a Administração tem plena liberdade de produzir novas provas que julgar necessárias, contando ativamente com a colaboração do delator, tendo por escopo a otimização da investigação, e a implementação de um futuro processo administrativo contra os demais participantes do ilícito.

Pode-se inferir que o fundamento do referido princípio é justamente a legalidade. Esta necessariamente supõe a verdade material para incidir, isto é, a legalidade precisa da verdade material para alcançar a plenitude de sua função. Hodiernamente, em um Estado Democrático de Direito, precisa-se adotar uma perspectiva geral da legalidade ao invés de uma perspectiva individual. Nesse desiderato, a Administração deve buscar a verdade material plenamente em relação ao universo de administrados¹⁵.

O Acordo de Leniência também tem por fundamento o princípio da eficiência, conforme já se sustentou. Nesse sentido, a Administração não deve se limitar ao cumprimento literal da lei. É preciso mais; há que se descobrir a forma mais eficiente de cumpri-la, elegendo para tanto, dentre as escolhas teoricamente possíveis, aquela que permita atingir os resultados indispensáveis para a consecução do interesse público.

Considerações Finais

Diante todo o exposto, restou clara a necessidade de o Estado reprimir o abuso do poder econômico, preservando a livre iniciativa e a livre concorrência. Salvar a livre iniciativa concorrencial representa a garantia de pluralidade de escolhas para o consumidor, a diversidade da produção de bens e serviços, além da manutenção da dinâmica do mercado, a qual permite a inovação tecnológica e geração de emprego e renda.

Portanto, percebe-se que a Lei 8.884 – dotada de caráter excepcional, subsidiário - constitui um imprescindível regramento que se impõe ao mercado para atender aos princípios constitucionais que harmonizam a ordem econômica, garantindo, sobretudo, o bem estar da coletividade.

¹⁵ “Por outro lado, é de cabal importância o princípio da verdade material, até porque estamos diante de função administrativa e devemos lembrar que função é relação de dever daquele que não está acima, mas sim daquele que deve prestar, que deve fazer. A relação de função faz com que o princípio da verdade material seja de cabal importância no processo administrativo”. Lúcia Figueiredo *apud* Marcelo Harguer (2001, p.174)

Esta lei desempenha um relevante papel no controle das atividades econômicas pelo Estado, principalmente com a inclusão em seu texto do Acordo de Leniência. Este apresenta-se como um instrumento consensual utilizado pelo Estado-Regulador interventivo na busca pela consagração de uma estrutura notadamente participativa, visando à consecução do ideal democrático em sintonia com os princípios constitucionais que assentam em bases sólidas o regime jurídico administrativo.

Ao buscar reprimir o abuso do poder econômico, a Administração Pública deve atuar de forma compatível aos instrumentos de participação, como meio de se garantir a democratização do poder. Dessa forma, não só se obtém uma melhoria de qualidade das decisões administrativas, como também uma maior aceitação dessas decisões pelos seus destinatários.

A presença da consensualidade tornou-se evidente e louvável em vários instrumentos no âmbito do Direito Administrativo Concorrencial. É o que se verifica nos denominados “acordos substitutivos”. Nestes, substitui-se a penalidade prevista ao infrator por uma prestação de utilidade generalizada, desde que tal providência, diante de criteriosa ponderação, redunde numa maximização do benefício geral em relação à limitação do direito individual que constitui objeto de regulação no mercado.

É exatamente o que ocorre no Acordo de Leniência. O que se pretende alcançar com a sua celebração é a robusta identificação da conduta infratora que emerge entre os agentes econômicos, bem como a cessação de seus efeitos, privilegiando a proteção da coletividade ao invés da punição integral do particular, que passa a contribuir decisivamente nas investigações e no processo administrativo. Portanto, impõe-se a lógica do consenso na celebração deste acordo substitutivo, uma vez que os interesses ora tutelados são maiores porquanto beneficiam um número indeterminado de pessoas.

Referências

BITTENCOURT, Marcos Vinícios Corrêa. **Estudos de Direito Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10. set.2008.

____. Lei n. 8137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 18. set.2008.

____. Lei n. 8884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica em autarquia e dispõe sobre a repressão às infrações à ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10. set.2008.

____. Lei n. 9656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20.set.2008.

____. Lei 10.446 de 8 de maio de 2002. Dispõe sobre infrações penais de repercussão interestadual ou internacional que exigem repressão uniforme, para os fins do disposto no inciso I do § 1º do art. 144 da Constituição.

____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução n. 45, de 28 de março de 2007, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e dá outras providências. Disponível em <www.cade.gov.br>. Acesso em 18.set.2008.

____. Programa de Leniência do Ministério da Justiça. Defesa da Concorrência. Disponível em <www.mj.gov.br>. Acesso em 10.set.2008.

BRUNA, SÉRGIO VARELLA. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguierre de. **Processo Administrativo e controle da atividade regulatória**. São Paulo: Editora Fórum, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, vol.1.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 9 ed.Salvador: JusPODIVM, 2008, v. 1.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99)**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FRANCESCHINI, JOSÉ INÁCIO GONZAGA. **Lei da concorrência conforme interpretada pelo CADE**. São Paulo: Singular, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9º ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

HARGER, Marcelo. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MEDAUAR, ODETE. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 432 p.

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. **Tutela Cautelar no processo administrativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/99**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

OLIVEIRA, André Luiz Pereira de. A efetividade do contraditório no processo administrativo antitruste. In: **Revista de Direito da Concorrência IOB Thomson/Conselho Administrativo de Defesa Econômica** n. 14, abr./jun. 2007.

POPP, CARLYLE; ABDALA, EDSON VIEIRA. **Comentários à nova lei antitruste**. Curitiba: Juruá, 1997. 2 ed. 256 p.

RODAS, João Gradino. **Acordos de Leniência em Direito Concorrencial: Práticas e Recomendações**. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago./2007, V. 862, 22-33 p.