



CENTRO UNIVERSITÁRIO ALVES FARIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTU SENSU*
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO

DANIELLE CRISTINA DA MOTA DE MORAIS REZENDE

**A REESTRUTURAÇÃO DO MERCADO CONCORRENCIAL NO BOJO DOS
ACORDOS DE LENIÊNCIA E A REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO: um olhar a
partir do direito constitucional econômico.**

GOIÂNIA
2021

DANIELLE CRISTINA DA MOTA DE MORAIS REZENDE

**A REESTRUTURAÇÃO DO MERCADO CONCORRENCIAL NO BOJO DOS
ACORDOS DE LENIÊNCIA E A REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO: um olhar a
partir do direito constitucional econômico.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* – Mestrado em Direito Constitucional Econômico, do Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA), como requisito parcial para a obtenção do título de Mestra em Direito Constitucional Econômico, linha de pesquisa 2 “Regulação econômica, Direito Concorrencial e políticas de fomento empresarial”.

Orientador Prof. Dr. Bruno César Lorencini.

GOIÂNIA
2021

Catálogo na fonte: Biblioteca UNIALFA

R467r

Rezende, Danielle Cristina da Mota Moraes

A Reestruturação do Mercado Concorrencial no Bojo dos Acordos de Leniência e a Reparação Integral do Dano: um olhar a partir do direito constitucional econômico/ Danielle Cristina da Mota de Moraes Rezende. – 2021.

105 f. : il.

Orientador: Prof. Dr. Bruno César Lorencini.

Dissertação (mestrado) – Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA)
- Mestrado em Direito – Goiânia, 2021.

1. Ordem constitucional econômica. 2. Acordos de leniência. 3. Reparação integral do dano. I. Rezende, Danielle Cristina da Mota de Moraes. II. UNIALFA – Centro Universitário Alves Faria. III. Título.

CDU: 343.8

DANIELLE CRISTINA DA MOTA DE MORAIS REZENDE

**A REESTRUTURAÇÃO DO MERCADO CONCORRENCIAL NO BOJO DOS
ACORDOS DE LENIÊNCIA E A REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO:** um olhar a
partir do direito constitucional econômico.

Dissertação aprovada pelo Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* – Mestrado em Direito Constitucional Econômico, do Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA), sendo-lhe conferida a obtenção do título de Mestra em Direito Constitucional Econômico.

Área de concentração: “Regulação econômica, Direito Concorrencial e políticas de fomento empresarial”.

Aprovada em: 10 / 03 / 2021.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Bruno César Lorencini.

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo
com dupla titulação pela Universidade de Salamanca
Presidente da Banca

Prof. Dr. Arnado Bastos dos Santos Neto.

Doutor em Direito pela Universidade de Vale do Rio dos Sinos
Avalidador da Banca

Prof. Dr. Lilian Silva do Amaral Suzuki

Doutor em Direito pela PUC-São Paulo.
Avaliador da Banca

DEDICATÓRIA

À Maria Aparecida, entre tantas Marias dedicou em ser minha. Paciente com os percausos que a vida lhe trouxe, foi mamãe forte e guerreira que a vida lhe permitiu ser.

Ao Luis Felipe que possibilitou-me a crescer e aprender sempre todos os dias.

Ao Murilo Rezende pelo companheirismo.

Ao Ian Felipe, na sua personalidade única, soube escolher-me sua companhia. Meu muito obrigada!

AGRADECIMENTOS

A Deus, tudo e por tudo.

Ao Profº. Orientador Dr. Bruno César Lorencini, pela sabedoria nessa trajetória de conhecimento e as valiosas orientações, apoiando e direcionando nessa conquista. Muito obrigada.

Aos professores: Dr. Arnaldo Bastos Santos Neto; Dr. Henrique Garbellini Carnio; Felipe Magalhães Bambirra e Rodrigo de Camargo Cavalcanti agradeço pelas aulas, pelo incentivo, disponibilidade e apoio que sempre demonstraram. Aqui lhes exprimo a minha gratidão.

A todos os amigos e colegas discentes da Unialfa - turma mestrado em Direito Constitucional Econômico 2019.1, que de uma forma direta ou indireta, contribuíram, ou auxiliaram na elaboração do presente estudo, pela paciência, atenção e força que prestaram em momentos menos fáceis. Para não correr o risco de não enumerar algum não vou identificar ninguém, aqueles a quem este agradecimento se dirige sabê-lo-ão, desde já os meus agradecimentos.

“Um homem que vive numa comunidade regida de acordo com os ideais do bem vive de acordo com a justiça”.

Arnaldo Bastos Santos Neto

**A REESTRUTURAÇÃO DO MERCADO CONCORRENCIAL NO BOJO DOS
ACORDOS DE LENIÊNCIA E A REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO: um olhar a
partir do direito constitucional econômico.**

Danielle Cristina da Mota de Moraes Rezende

RESUMO

O trabalho tem por escopo investigar o cumprimento da reparação integral do dano nos acordos de leniência. Reconhecendo o mercado econômico como meio de construção social, perfazendo uma passagem sobre o crescimento econômico fincado no liberalismo clássico, na Escola de Harvard, na Escola de Chicago e pela corrente teórica do final do século XIX e do Século XX. Destaca ainda, a interdisciplinaridade do Direito Constitucional Econômico com outras ciências jurídico-sociais, o comportamento dos agentes econômicos e consumidores, os recursos limitados, a satisfação das necessidades humanas com direito fundamental e a intervenção do Estado de forma preventiva, repressiva e pedagógica. Assim, diante da ação de combate as práticas anticoncorrenciais de mercado, analisamos a finalidade do Programa de Leniência como uma medida de reestruturação do mercado concorrencial e o requisito de reparação integral do dano. É crescente no Brasil a adesão de agentes infratores ao programa, por isso, examinamos as arrecadações pecuniárias realizadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, tanto em esfera repressiva quanto em pacificação de conflitos por meio de Acordos e Termos de Compromisso de Cessação-TCC. Para tanto, discute as ações dos agentes de mercado e os instrumentos de formação social no mercado econômico, os direitos tutelados em prol da coletividade com aplicação do acordo de leniência, as possibilidades de flexibilizar a aplicação da reparação integral do dano, por fim, analisar a busca de equilíbrio da ação punitiva do Estado e as consequências econômicas positivas e negativas ao mercado concorrencial.

Palavras-chave: Ordem Constitucional Econômica. Acordos de leniência. Reparação integral do dano.

THE RESTRUCTURING OF THE COMPETITIVE MARKET IN THE LOT OF LENIENCY AGREEMENTS AND THE FULL REPAIR OF DAMAGE:

a look from the constitutional economic law.

Danielle Cristina da Mota de Morais Rezende

ABSTRATC

The aim of the work is to investigate the fulfillment of full reparation of the damage in the leniency agreements. Recognizing the economic market as a means of social construction, making a passage about economic growth rooted in classical liberalism, at the Harvard School, at the Chicago School and by the theoretical current of the late 19th and 20th centuries. It also highlights the interdisciplinarity of Constitutional Economic Law with other legal and social sciences, the behavior of economic agents and consumers, limited resources, the satisfaction of human needs with a fundamental right and the intervention of the State in a preventive, repressive and pedagogical way. Thus, in the face of action to combat anti-competitive market practices, we analyzed the purpose of the Leniency Program as a measure to restructure the competitive market and the requirement for full damage repair. In Brazil, there is a growing number of agents that violate the program, so we have examined the monetary collections made by the Administrative Council for Economic Defense, both in repressive spheres and in conflict pacification through Cessation Agreements and Terms of Termination - TCC. To this end, it discusses the actions of market agents and the instruments of social formation in the economic market, the rights protected in favor of the community with the application of the leniency agreement, the possibilities of making the application of comprehensive damage repair more flexible, finally, analyzing the search for balance in the punitive action of the State and the positive and negative economic consequences for the competitive market.

Keywords: Economic Constitutional Order. Leniency agreements. Comprehensive damage repair.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	12
2	INTERVENÇÃO DO ESTADO E A ORDEM ECONÔMICA	18
	2.1 Evolução econômica.....	18
	2.2 Antiguidade Grega e Romana.....	19
	2.3 Principais modelos, teorias, escolas e pensadores	27
	2.4 Papel do Estado, modificações no tempo	37
	2.5 O Direito Econômico no Brasil	42
	2.6 Evolução econômica nas constituições brasileira	44
	2.7 Função social e Intervenção do Estado	50
3	OS ACORDOS DE LENIÊNCIA APLICADOS PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE.....	53
	3.1 O mercado econômico concorrencial.....	53
	3.2 Conselho administrativo de Defesa Econômica.....	58
	3.3 A institucionalização jurídico-constitucional da regulação e intervenção no domínio econômico.....	62
	3.4 Consequências da ação punitiva ao abuso no mercado econômico	64
	3.5 O surgimento do acordo de leniência e o interesse social.....	67
4	A REGULAMENTAÇÃO DOS ACORDOS NOS TERMOS DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA	74
	4.1 Regulação e Repressão ao abuso no mercado econômico.....	74
	4.2 Finalidade do Programa de Leniência e vantagens mútuas.	76
	4.2.1 Os Acordos de Leniência nos arts. 86 e 87 da Lei de Regulação Econômica nº. 12.529/2011.....	80
	4.2.2 – Os Acordos de Leniência nos arts. 16 e 17 da Lei Anticorrupção nº. 12.846/2013.....	82
	4.3 Programa como ferramenta de pacificação de conflitos.	84
	4.4 Crescente adesão e aceitação – Agentes infratores e Estado.....	85
5	A FINALIDADE DE REESTRUTURAÇÃO DO MERCADO ECONÔMICO BRASILEIRO E A REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO.....	90
	5.1 Controle dos Atos de concentração pelo CADE	90
	5.2 Responsabilidade civil por danos concorrenciais.....	93

5.4 Consequências pelo descumprimento do programa de Leniência.....	96
5.5 Finalidade do programa de leniência pelo CADE e a reestruturação do mercado.....	97
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	99
REFERÊNCIAS.....	102

1 INTRODUÇÃO

O mercado econômico brasileiro estruturado deve cumprir os princípios constitucionais da ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Assim, cabe indagar se a intervenção do Estado ao intervir repressivamente proporciona é um caminho seguro de organização econômica? As ferramentas – leis e programas como Programa de Leniência possibilitam a reestruturação? Ainda sim, a reparação integral do dano deve ser ou é uma medida eficiente de Ordem Econômica?

Assim, o presente trabalho de dissertação tem por objetivo trazer algumas contribuições ao debate, sob a perspectiva da atuação do Estado em busca da Ordem Econômica, não com o objetivo de exaurir o tema, porém oportunizar um debate para reflexão sobre o requisito de reparação integral do dano em caso de infração à Ordem Econômica imposto pelo Programa de Leniência.

Cabe analisar se a intervenção do Estado nesse mercado concorrencial para manutenção da ordem econômica é essencial ou impede a livre-iniciativa adentrar em um crescimento e desenvolvimento nacional. É pertinente, abordar os acordos de leniência no cumprimento legal da reparação integral de dano - requisito este de concessão para obtenção dos benefícios oferecidos no art. 86 da Lei n. 12.529/2011 e a aplicação da flexibilidade no arbitramento da indenização em benefício da coletividade.

Conforme assegura o art. 1º da Lei de Defesa da Concorrência – nº. 12.529/11, § único, que: “A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.”, fazendo compreender que a Ordem Econômica Constitucional e Infraconstitucional protegerá não tão somente o agente econômico no setor da economia que a qual desenvolve atividade no mercado brasileiro, mas principalmente toda a coletividade dentro dos preceitos de defesa da soberania nacional; da propriedade privada; da função social da propriedade; da livre concorrência; da defesa do consumidor; da defesa ao meio ambiente; da redução das desigualdades regionais e sociais; à busca ao emprego pleno e o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Com o livre exercício de qualquer atividade econômica, dentro dos preceitos

legais, os agentes de mercado receberão a proteção que compõe os pilares do direito econômico que são: a livre-concorrência e a livre-iniciativa. Tão mais, deverão cumprir as obrigações da função social empresarial no campo econômico e social como também, dentro da liberdade, respeitar os limites que confrontem ao início do outro agente econômico.

Dessa forma, o agente econômico como um principal impulsionador da economia receberá a proteção para iniciar e desenvolver a atividade econômica escolhida, todavia deverá arcar com a obrigação dentro dos princípios norteadores que atribuirá efeitos de desenvolvimento econômico para toda a sociedade.

O Acordo de Leniência vem com a oportunidade de fazer cumprir o papel desse agente econômico no meio econômico-social do País, viabilizando a continuidade dos empregos, da proteção do meio ambiente, das arrecadações tributárias, enfim, de todos os benefícios advindos do cumprimento da função social. Oportuno ainda, investigar se a finalidade da aplicação do instituto de leniência no mercado concorrencial ocorre com exatidão ao cumprimento da proposta apresentada de reestruturar o mercado econômico e se cumpre a reparação integral do dano conforme determina os princípios constitucionais previstos no art. 170 da Constituição Federal e seus incisos.

Assim, como a metodologia não é “só como um conjunto de técnicas e procedimentos utilizados para a construção de um trabalho científico”(GUSTIN, 2020, p. 138), na presente pesquisa buscou-se por aprimoramento utilizando do estudo teórico sobre a evolução do mercado econômico, o comportamento dos indivíduos no mercado econômico, a atuação do Estado, as principais escolas e pensadores econômicos.

O presente estudo compreendeu uma pesquisa de caráter predominantemente bibliográfico, considerando a base de estudo fincada na Carta Magna, leis infraconstitucionais conjuntamente com atos normativos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o Regimento Interno e pareceres emitidos pelo Departamento de Estudos Econômicos - DEE. Enquanto que as bases de informações serão apresentadas em busca de conhecimentos úteis para o avanço de resultados desejáveis ao mercado econômico, com possibilidade de identificar alternativas para um melhor desenvolvimento econômico afastando novos e reincidentes atos de

infração à Ordem Econômica.

Nesse viés, os estudos, também, se faz sobre os ilícitos praticados contra o mercado econômico brasileiro e a ausência de transparência da destinação dos valores arrecadados com a aplicação dos termos de leniência, considerando a finalidade de reparação integral do dano.

O Acordo de Leniência tem avançado nas esferas administrativas e judiciais, com aplicação sistêmica nas investigações e ações de infrações à ordem econômica, é um avanço para o combate as práticas de corrupção com benefícios da celeridade nas informações e identificação dos infratores. No âmbito das investigações e do poder punitivo atribuído legalmente ao agente Estado, cabe indagar a finalidade da aplicação do instituto no mercado concorrencial, ressaltando a obrigação dos agentes e os benefícios advindos para a coletividade na aplicação dos termos de leniência.

Evidente que a aplicação da leniência busca restabelecer o respeito ao mercado concorrencial, porém, com reflexos distorcidos de “benefício” à medida que cumpre alguns requisitos dentre eles a confissão de participação no ilícito e a obrigação de cessar imediatamente a conduta delituosa. Isso já demonstra que ao confessar, sem uma condenação final, coloca-o como parte integrante da culpa pelos resultados negativos ao mercado econômico e pelos danos causados nos atingidos.

Deste modo, passa analisar os efeitos do acordo de leniência na reestruturação do mercado concorrencial, vez que a finalidade do instituto não condiz com a impunidade de agentes econômicos infratores e não tem o interesse em proteger individualmente aqueles que comentem abusos contra a ordem econômica ou praticam atos de corrupção.

Na estrutura do presente trabalho são tecidas no capítulo 1 um breve estudo sobre a evolução econômica no Mundo e no Brasil com ênfase na organização e atuação do Estado em que alguns momentos se absteve de normatizar a economia, fazendo consideração sobre o mercado econômico concorrencial movimentado pela “mão-invisível” com determinações coletivas e sem controle estatal. Passeia pela breves notícias de existência na antiguidade de monopólios criados e controlados pelo Governantes da época, em seguida estuda as principais escolas e pensadores da evolução econômica com as modificações no tempo.

Em sequência, análise a evolução da economia no Brasil, as considerações

econômicas importantes das constituições, o Estado como agente econômico de atividade econômica empresarial, as modificações recepcionadas na Constituição Federal de 1988 e a intervenção do Estado brasileiro no mercado econômico regulando e reprimindo o abuso cometido pelos infratores com ações punitivas.

Para tanto, no capítulo 2 apresenta uma passagem pelo surgimento do acordo de leniência perfaz uma análise econômica da aplicação do instituto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE no mercado concorrencial brasileiro e as atribuições preventivas-pedagógica fomentando, disseminando a cultura da livre-concorrência e responsável ainda, na ação repressiva de investigar e decidir sobre matéria concorrencial.

O interesse da institucionalização jurídico-constitucional da regulação e intervenção no domínio econômico, as consequências individuais e coletivas da ação punitiva ao abuso no mercado econômico e o interesse social na aplicação esclarecendo a finalidade do instituto. Neste campo, busca relatar a origem do Acordo de Leniência criado como formulação de políticas públicas nos EUA (1978 - U.S. Corporate Leniency Program) e são consideradas aplicações sociais da teoria dos jogos, especificamente da situação conhecida como dilema do prisioneiro e lançar o debate sobre a finalidade de proteção de interesse social ao mercado econômico.

Em continuidade, da análise econômica realizada no capítulo 2, o capítulo 3 versa sobre a regulamentação dos acordos de leniência demonstrando a atuação do Estado e a ação repressiva com colaboração de outros órgãos. Busca conhecer a regulação na Lei de Defesa da Concorrência (nº. 12.529/2011) nos arts. 86 e 87 e a Lei de Anticorrupção (nº. 12.846/2013) nos arts. 16 e 17, apontando as lacunas que circundam a aplicação prática do Acordo de Leniência com um ótica imparcial de vantagens mútuas entre o agente infrator, mercado econômico e sociedade.

Na oportunidade, observa o Programa de Leniência como ferramenta de pacificação de conflitos com possibilidade de amadurecimento social levando aos agentes infratores de mercado o conhecimento do papel fundamental que desempenha na economia e o quanto é fundamental colaborar para manter a Ordem Econômica.

Deste modo, faz uma análise da crescente adesão e aceitação pelos agentes infratores e o Estado aos programas de Leniência apresentando por meio de gráficos

os valores arrecadados com arbitramento das multas e a viabilidade do acordo para a coletividade e para o mercado econômico com as crescentes arrecadações.

Portanto, no último capítulo passa a finalidade de reestruturação do mercado econômico brasileiro e a reparação integral do dano, com ênfase na atuação do Estado no controle dos atos de concentração, ilícitos apurados e a possibilidade de responsabilização civil por danos ao mercado concorrencial. Outro ponto importante, apresentado nesse capítulo é a destinação dos valores arrecadados e a competência da destinação, vez que denotamos que houve uma crescente procura, aceitação e arrecadação de dinheiro com o programa.

Quanto a reparação integral do dano, só será possível dentro de uma ponderação da extensão do dano e a possibilidade do agente infrator reparar proporcionando a reestruturação do mercado econômico. Assim, faz uma flexibilização na reparação integral de dano aos concorrentes e ao mercado, possibilitando ao agente infrator o cumprimento dos requisitos da Programa, caso contrário, não venha cumprir integralmente o Acordo terá sanções de três anos não poder estabelecer novo acordo de leniência e continuará o inquérito/processo previamente instaurado com a possibilidade de sofrer as consequências da condenação.

Nesse sentido, o programa de leniência possibilita acelerar as investigações chegando em provas ocultas dos ilícitos apurando com maior eficiência o percurso das ações de mercado dispondo a auxiliar nas investigações que levem a identificar outros envolvidos. Cabe ressaltar, a aplicação do instituto reestabelece a ordem no mercado econômico sem a finalidade de favorecimento aos infratores, pois, possibilita elucidar os fatos com provas, identificar os envolvidos, punindo os delatos na proporção da participação no ilícito e cessar a conduta delituosa rapidamente.

Contudo, o instituto tem finalidade de reestruturar o mercado econômico mantendo os empregos, a circulação de riquezas, as arrecadações de impostos, permanência da concorrência e proporcionar ao agente infrator benefícios sem condenação com efeito punitivo e restritivo das atividades econômicas.

Por fim, discute a formação social do mercado econômico em benefício da coletividade com aplicação do acordo de leniência como uma medida de reestruturação do mercado concorrencial, o papel desempenhado pelo Conselho

Administrativo de Defesa Econômica – CADE e por fim, tecer a obrigação de colaboração entre os concorrentes, citando o alcance dos benefícios para a coletividade. Tão logo, a presente pesquisa tem como escopo a análise econômica nos acordos de leniência com foco central na aplicação do Programa de Leniência como instrumento de reestruturação do mercado concorrencial e o cumprimento do requisito de reparação integral do dano com necessidade de flexibilizar perante uma análise de cada caso concreto.

2 INTERVENÇÃO DO ESTADO E A ORDEM ECONÔMICA

As pessoas precisam de recursos para satisfação das necessidades humanas, em capó capitalista que os agentes econômicos são detentores de recursos, certo que há existência de escassez pela redução de oferta de recursos no mercado econômico ocasionando aumento dos preços de produtos e conflitos sociais. Assim, o Estado realiza intervenção na atividade econômica para suprir as necessidades do povo limitando a autonomia privada, prestando serviço público, regulando a atividade econômica e explorando diretamente a atividade econômica.

O estudo limitará na intervenção do estado regulando a atividade econômica com finalidade de trazer ao mercado econômico uma ordem econômica-social. Tal preocupação de igualdade e abastecimento das necessidades é desde a antiguidade como relata Arnaldo Bastos Santos Neto (2010, p. 120), em estudo das ideias apresentas por Platão sobre a justiça platônica, que desde “os primórdios da coletividade humana os homens descobriram que precisavam uns dos outros e que precisavam cooperar para viver”.

Presentemente, identificamos que o homem está em constante busca de vantagem/lucro e que não é possível, mesmo consciente da necessidade, a cooperação espontânea uns para com os outros, tal cooperação só será possível mediante a intervenção do Estado normatizando e regulando diariamente as relações econômicas e coibindo ações abusiva possivelmente cometidas pelos agentes de mercado.

2.1 Evolução econômica

Noticia que a economia inicia por meio de atividades praticada por indivíduos e grupos familiares, sem desenvolvê-la como ciência, sendo apenas de prática de hábitos domésticos e particulares de cada grupo. A evolução da Ciência Econômica começou a ser moldado, inicialmente, de forma filosófica, por exemplo, a palavra

economia remonta à Grécia antiga, onde *oeconomicus* significava ‘gerenciamento das questões domésticas’” (BATISTA, 2016)¹.

Neste contexto, os pensadores gregos: Aristóteles entre o período de 384-322 a.C. distinguia o pensamento econômico em “artes naturais e não-naturais de aquisição”² sem citar sobre as atividades econômicas. Ele definiu como Aquisições Naturais atividades como agricultura, pesca e caça, enfatizando que tais atividades produzem bens para as necessidades básicas da vida e já as Aquisições não-naturais envolvem adquirir bens além da necessidade, situação que era desaprovada por Aristóteles, assim, correlacionar esse conceito da Antiguidade com os dias atuais seria compará-los a uma espécie de consumo desenfreado.

2.2 Antiguidade Grega e Romana

Vale destacar que na Antiguidade grega havia a regulamentação dos monopólios, de forma a gerar para o governo receitas consideráveis. Um exemplo demonstrado por Luzzatto e citado por Forgioni (2015, p. 86-103) “é o caso da cidade de Selimbria que reteve todas as provisões de fermento, exceto aquelas necessárias à população por um ano”. Posteriormente vendeu o produto por um preço elevado, inclusive no mercado externo.

Na mesma linha a cidade de Atenas instituiu monopólio estatal do chumbo sobre as minas da região de Lauría, possibilitando a elevação de seus preços. As práticas de monopólios estatais na Grécia antiga tinham pouca duração e eram instituídos pelos governantes em períodos de dificuldades econômicas. Em relação aos monopólios privados não havia proibição, conforme relatos de Aristóteles da estratégia comercial encampada por Tales de Mileto em que prevendo abundante safra de azeitonas, alugou todos os lagares das cidades de Mileto e Chio.

Chegada a época da colheita, detinha com exclusividade, os instrumentos necessários para o seu processamento, podendo cobrar por sua utilização – chamado

¹ Artigo desenvolvido pelo professor João Marcos Batista sobre o tema A Evolução da Economia: Uma abordagem histórica sobre os principais modelos, teorias e pensadores.

² A conceituação de artes naturais de aquisição era as atividades como agricultura, pesca e caça que produzem bens para as necessidades humanas e não naturais de aquisição era a obtenção de bens acima das necessidades básicas da vida.

hoje de “preços de monopólio”³. Aristóteles, na obra Política, ressalta que Tales de Mileto pagou pouco pelo aluguel dos lagares⁴ porque ninguém concorria com ele. Ou seja, faz referência ao fato de que a oferta e a procura influíam na determinação do preço.

Afirma Paula Forgioni (2015, p. 86-103) que há indicações seguras de que a atividade dos agentes econômicos com certo “poder de mercado” era regulamentada com o escopo de proteger a população contra manipulações de preços e escassez artificial de produtos. Na pequena região da Ática, com alta densidade populacional e considerando que o governo fiscalizava as atividades dos agentes envolvidos no comércio de grãos, a penalidade da transgressão era severa podendo chegar à morte.

Não houve um pensamento econômico geral e independente na antiguidade romana e na antiguidade grega, embora a economia de troca fosse mais intensa em Roma do que na Grécia. A unidade econômica do vasto império, mantida por meio de notáveis redes rodoviárias e de intensa navegação, transformara Roma em centro de afluência dos produtos de todas as províncias, estimulando as transações comerciais e a criação de companhias mercantis e sociedades por ações. Mas as preocupações dos romanos limitaram fundamentalmente à política, de modo que sua contribuição à economia foi quase nula.

Deste modo, os monopólios estatais também existiam em Roma, onde o monopólio do sal assegurada ao governo grande parte de suas rendas. No final do Império, para aumentar a arrecadação, o número de monopólios concedidos aos particulares, mediante retribuição, multiplicou de tal forma a abranger toda a distribuição de alimentos. Na antiguidade romana havia preocupação de impedir o açambarcamento⁵ de mercadorias, de coibir o abuso dos preços, tinha o compromisso de assegurar que o trabalho assumido fosse executado a preços de mercado (concorrência).

As normas que regulamentava o exercício dos monopólios desempenhavam função bem específica, que hoje chamaríamos de repressão ao abuso do poder

³ O chamado preço de monopólio é Pm. A área FHD constitui a perda de peso morto ou perda de eficiência gerada pelo monopólio. Uma política de controle de preços bem-sucedida é aquela que estabelece um preço entre Pc e Pm, de forma a diminuir o peso morto.

⁴ Oficina que contém a aparelhagem correta para espremer determinados frutos, fazendo com que os mesmos sejam transformados em líquido.

⁵ O ato de tomar tudo para si.

econômico, evitando que a população fosse prejudicada pelas concessões governamentais. O Estado detinha uma constante preocupação com o preço praticado e com a escassez artificial de gêneros de primeira necessidade.

Já na época do Imperador Leão, estabeleceu a proibição dos monopólios, excetuando o do sal. Os princípios norteadores da economia eram outros diferentes dos atuais, buscavam resultados imediatos, coibindo comportamentos nocivos à população, como a fixação dos preços por acordo entre os agentes econômicos ou açambarcamento de mercadorias.

Na Idade Média, a Igreja Católica Romana exerceu grande influência no pensamento econômico com destaque para as Ideias de São Tomás de Aquino (1225-1274) em relação ao preço. Ele cunhou o termo “preço justo”⁶ como um preço em que nem o comprador nem o vendedor levam vantagem sobre o outro. Além do mais, a Igreja se apegava a textos bíblicos para condenar a cobrança de juros, que considerava como “usura”, nome dado à prática de cobrar juros excessivos sobre empréstimos financeiros.

A Igreja se baseava no Livro de Gênesis, do antigo testamento da Bíblia, que dizia “comerás teu pão com o suor do teu rosto”. Dessa forma, obter lucro sem nenhum trabalho era considerado uma afronta aos preceitos católicos da época, passível de punição. Assim, com a interação ao comércio surgiu uma atividade econômica regional e inter-regional, organizaram corporações de ofício, generalizaram as trocas urbano-rurais, retomou novo impulso o comércio mediterrâneo.

A Igreja procurou moralizar o interesse pessoal, reconheceu a dignidade do trabalho (manual e intelectual), condenou as taxas de juros, buscou o “justo preço”, a moderação dos agentes econômicos e o equilíbrio dos atos econômicos. Mas o pensamento econômico medieval, de caráter eminentemente prático, também era dependente da subordinação à filosofia ou à política, na Antiguidade Clássica, passara a ser orientado pela moral cristã.

A partir da metade do século XV, entretanto, essa subordinação religiosa seria substituída pela preocupação metalista. As transformações; geográficas foram, talvez, as mais importantes, porque propiciaram a presença dos metais preciosos em uma

⁶ Valor atribuído a mercadoria para que o comerciante pudesse obter os gastos e lucros, porém, dentro da estimativa que o consumidor pudesse pagar - ponto de equilíbrio na determinação do valor do produto.

Europa política e intelectualmente modificada, criando as condições da concepção metalista.

Outro ponto de destaque, que desde a Idade Média e também no período histórico sucessivo, o conceito de monopólio ligava à regalia, ao privilégio concedido pelo soberano e exercido, no mais das vezes por particulares. A intervenção direta da autoridade na estocagem e distribuição de gêneros alimentares, em especial cereais, é determinada não por razões fiscais, mas sim sociais e políticas. Geralmente, ao particular era conferida a liberdade de negociar, assegurando à autoridade o direito de preferência ou exclusividade na aquisição de mercadorias até que fossem restabelecidos os estoques destinados à manutenção dos militares e da população das cidades, nos momentos de escassez.

Nos lugares de maior desenvolvimento econômico, ao lado desses monopólios (concedidos pelo soberano e exercidos por agentes privados), vão se colocando autênticos monopólios privados, que assumem, como afirma Luzzatto, alguns aspectos característicos das grandes concentrações capitalistas contemporâneas. A baixa Idade Média mostra de um lado a Europa dos pequenos artesãos, das corporações de ofício (reunião de artesãos e comerciantes), na qual se assentaram as normas de disciplina da concorrência.

Por outro lado, refere às grandes empresas, cujo estudo está em moda, inclusive nos Estados Unidos da América, ali chamadas, com um evidente apelo publicitário, de super companhia(empresas) medievais. Esses grandes mercantes (ou empresários) não tinham sobre si o manto protetor das corporações de ofício. Criaram-no individualmente, atraindo favores dos governantes e papas da época. Ainda, a Idade Média identificou que as corporações de ofício surgem em contexto de florescimento do comércio e artesanato nas cidades, como associação daqueles que tinham interesses comuns e tencionava protegê-los.

Essas corporações não nascem de imposições das autoridades, mas sim da espontânea união dos agentes econômicos, catalisada pelo peculiar momento histórico. Assim, diante de corporações para interesses comuns e aparecimento de cartéis, nascem muitas regras de concorrência, positivando princípios que, de certa maneira, inspiram o legislador até o presente momento. Havia duas normas que disciplinavam a atividade das corporações de ofício: uma com estatutos das próprias

corporações, ordenamentos jurídicos moldados pelos comerciantes ou artesãos para disciplinar tal atividade.

Outra disciplina era da Comuna medieval, que procurava regular a atividade das corporações, fazendo-o, na maioria das vezes, pelo controle dos estatutos e imposição de normas de conduta obrigatórias para os seus membros. Muito da disciplina das atividades dos membros das corporações foram estabelecidas por atos governamentais das cidades. Mecanismos de feiras e praças eram disciplinados para evitar abusos de preços e viabilizando a concorrência.

Com isso, conseguiria fazer controle dos lucros máximo que determinada categoria poderia ter. Por sua vez o ordenamento privado (estabelecido pelos agentes econômicos e não pela Comuna) fixava regras de conduta como: ninguém deveria intrometer em negócio iniciado por outro; não se poderia abrir lojas e oficinas concorrentes senão a certa distância daquelas existentes; não era lícito vender coisas estranhas àquelas próprias da categoria artesanal ou profissional a que se pertencia.

Já, nos estatutos das corporações de ofício existiam normas pertinentes à concorrência: sendo normas que estabeleciam o monopólio da corporação; normas que fixavam regras de conduta para os membros da corporação e que acabavam por neutralizar qualquer concorrência que se pudesse estabelecer, seja entre agentes econômicos, seja potencial e normas que impunham a jurisdição e o poder de fiscalização econômica da corporação sobre seus membros. As organizações de ofício eram organizadas para assegurar um monopólio, e essas regras crescentes causaram o problema de acesso ao mercado e limitam a liberdade de concorrência de cada um. Naquela época, como hoje, já noticiavam reações contra os cartéis e monopólios estabelecidos pelas corporações.

No mercantilismo, os estatutos das cidades italianas da época vedavam o açambarcamento de mercadorias, buscavam controlar e fixar preços praticados pelos comerciantes, minimizando os efeitos indesejáveis do monopólio/ou abuso do poder econômico. Foi estabelecendo a distinção entre monopólios lícitos e ilícitos, os lícitos seriam aqueles outorgados por soberanos, tendo em vista o bem comum. Nesse momento, o poder de conceder monopólios ou exclusividades de exploração de determinado setor da economia constitui poderoso instrumento de poder nas mãos do soberano europeu.

Utilizando de favores, o rei tinha, em contrapartida, o pagamento de impostos e de taxas do monopólio que garantia a entrada de recursos em seus cofres. No final do séc. XVI na Inglaterra, começa a contestação da legalidade da concessão real desses exclusivos. O momento de reação ao poder do soberano é apontado por muitos como o início da história do antitruste, pela riqueza das decisões dos tribunais ingleses a respeito dessa matéria.

Costuma considerar o chamado “caso dos monopólios”, de 1603, como o primeiro pronunciamento judicial sobre os princípios gerais da *common law* acerca dos monopólios (e também sobre o poder real de concedê-los). Não havia sido consolidado, à época, a ideia de livre-iniciativa e liberdade de comércio como forma de atingir os ideais de liberdade econômica ou eficiência.

Em 1624, diante das decisões dos tribunais decidem pelo estatuto dos monopólios, impedindo a concessão real de monopólios, de maneira a limitar o poder do soberano. Em sequência, no período da Revolução Industrial ocorre a mudança no sistema de produção, a concorrência passou a ser identificada como correlata a um modelo de organização do mercado. Com a Revolução Industrial o centro da produção deixa de ser oficinas e passa para as fábricas – a relação maestro e aprendiz começa a ser substituído pela relação patrão e empregado. Esse patrão/empresário assume o risco do empreendimento em contrapartida recebe segurança pelo sistema de ofício e maior liberdade.

E na busca pelo estabelecimento da concorrência, surge o sentimento para os industriais e comerciantes que as normas das corporações de ofícios deveriam ser abolidas como por Exemplo indústria do algodão – que novas e sem normas corporativas era a que mais progredia. Extinguindo as corporações e suas rígidas regras, dava liberdade ao comerciante e ao industrial, e era restabelecida a licitude da competição entre os agentes econômicos.

Começa o mercado liberal com a ideia de livre-concorrência, o mercado liberal abarcava ampliar a livre-concorrência incluindo expandir em liberdade de atuação para buscar novos mercados praticando os preços que entendessem convenientes, conquistando consumidores (inclusive outros agentes econômicos) e aumentando as vendas, sem quaisquer restrições.

A noção de mercado deixa de ser relacionada apenas local ou à reunião de pessoas em torno de trocas, para difundir às ideias de concorrência e de liberdade econômica. O mercado é arena na qual os agentes não apenas trocam, mas competem livremente por oportunidades de troca. A força concorrencial vem reconhecida como organizadora do modelo de alocação de recursos em sociedade, sob a tutela da liberdade econômica.

Assim, a partir do Século XVIII, a concepção de mercado muda de perspectiva, assumindo sua dimensão política; a concorrência revelará seu papel central como fato de organização do fluxo de relações econômicas. Com o *Décret d'Allarde e Lei Le Chapelier* em 1791 procurou instaurar a liberdade de comércio e de indústria para todos, permitindo o exercício de uma profissão sem a necessidade de pertencerem aos cidadãos a uma corporação de ofício. A Lei de Chapelier proibiu as corporações de ofício e buscou a liberdade de comércio, instrumental para a nova ordem que se instalava.

Como relata Eros Grau (2001), a liberdade econômica não é vista como um direito ilimitado dos comerciantes, ao contrário, havia restrições impostas pelo Estado, objetivando o atendimento do interesse público. Contudo, a teoria econômica ressaltou em defesa das vantagens da livre-concorrência para o mercado e para os consumidores nascendo neste momento a liberdade econômica e interesse público.

A concorrência passa a ser encarada como solução para conciliar liberdade econômica individual e interesse público: sendo que preservando a competição entre os agentes econômicos, atende ao interesse público (preços inferiores aos de monopólio, melhoria na qualidade dos produtos, maior nível de atividade econômica), ao mesmo tempo em que se assegura ao industrial ou comerciante ampla liberdade de atuação, com a concorrência evitando qualquer comportamento danoso à sociedade.

Concorrência como antídoto natural contra monopólios, como trata Fábio Nusdeo (2002, p.35) diz que “o mercado funcionaria, assim, como um imenso aparelho regenerador, promovendo a reciclagem do hedonismo individual em acomodação racional do interesse da coletividade”. Assim, conduzindo ao bem-estar social, sem a necessidade da intervenção estatal, ou seja, a existência do livre mercado seria

assegurada sem que se precisasse de maior atuação exógena⁷. Portanto, não havia motivos maiores preocupações em se impor limites à liberdade de concorrência.

Nos Estados Unidos da América – o *Sherman Act* de 1890 representa, para muitos um ponto de partida do estudo dos problemas jurídicos relacionados à disciplina do poder econômico. Foi uma forte reação contra a concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos, buscou tutelar o mercado (ou o sistema de produção) contra seus efeitos autodestrutíveis. *Sherman Act* representa a coroação do segundo período: a concorrência é vista como primordial para o sistema econômico, ao mesmo tempo em que se exige atuação do Estado para eliminar as distorções que pode causar ao sistema (Ramos, 2014).

A história aponta que foi a primeira legislação antitruste do mundo, editada no Canadá, em 1889, cuja finalidade era atacar arranjos ou combinações voltados a restringir o comércio mediante a fixação de preços ou a restrição da produção (cartéis), o que foi incorporado três anos depois ao primeiro Código Penal do Canadá. Nessa legislação explicitou que a fixação de preços e outros acordos entre competidores eram espécies de condutas abusivas. Na opinião de Fábio Ulhôa Coelho:

A rigor, a legislação antitruste visa tutelar a própria estruturação do mercado. No sistema capitalista, a liberdade de iniciativa e a de competição se relacionam com aspectos fundamentais da estrutura econômica. O direito, no contexto, deve coibir as infrações contra a ordem econômica com vistas a garantir o funcionamento do livre mercado. Claro que, ao zelar pelas estruturas fundamentais do sistema econômico de liberdade de mercado, o direito de concorrência acaba refletindo não apenas sobre os interesses dos empresários vitimados pelas práticas lesivas à constituição econômica, como também sobre os dos consumidores, trabalhadores e, através da geração de riquezas e aumento dos tributos, os interesses da própria sociedade em geral (1995, p. 5).

Muitas ideias importantes, expressas pelos mercantilistas de modo isolado como o papel ativo da moeda na economia, o multiplicador da renda e outras, não chegaram a governar o Mercantilismo, que passou para a História essencialmente como um conjunto de atos econômicos e de política econômica. Keynes, em "Notas sobre o mercantilismo" observou ser possível que estes pioneiros do pensamento

⁷ Que sofre influência externa.

econômico tivessem adotado suas máximas de sabedoria prática sem haverem discernido as bases teóricas em que repousavam.

2.3 Principais modelos, teorias, escolas e pensadores

A economia na elaboração científica fez análise dos problemas econômicos no período de 1750 a 1870, desencadeando uma reação de foco e apoio. A fisiocracia, por sua vez, foi um movimento que perdurou pouco por ter uma natureza puramente analítica/científica de obra econômica.

Precursor em alguns campos, distinguiu Quesnay na formulação de princípios de filosofia social utilitarista⁸, do Harmonismo que se desenvolveria no século XIX⁹ a teoria do capital os empresários agrícolas só poderiam iniciar seu trabalho devidamente equipados, ou seja, se dispuserem de um capital no sentido de riqueza acumulada antes de iniciar a produção, mas não analisou a formação e o comportamento do capital monetário e do capital real.

Quesnay representou, de modo simplificado, o fluxo de despesas e de bens entre as diferentes classes sociais, distinguindo um equilíbrio de quantidades globais que os Keynesianos deveriam analisar a partir de 1936. Indicou como a agricultura fornece um "produto líquido" que se reparte entre as classes da sociedade e admitiu ser a terra produtora da mais valia, não se referindo ao trabalho que Marx enfocaria anos após. Importante instrumento de análise é o precursor da economia quantitativa, embora o aspecto econométrico da obra de Quesnay tenha readquirido atualidade apenas a partir de Léontief com objetivo e técnicas diferentes.

Destacam pelas importantes contribuições à construção da Ciência Econômica: Malthus, Ricardo, Stuart Mill e Say (representante francês da Escola Clássica). De modo geral, todos eles procuraram explicar certos pontos ambíguos ou inconsistentes da obra de Smith. Thomas Robert Malthus (1766-1834) tentou determinar a terminologia teórica e colocar a economia em sólidas bases empíricas, embora reconhecendo os precários fundamentos empíricos de muitas proposições

⁸ Obter a máxima satisfação com um mínimo de esforço.

⁹ Embora consciente do antagonismo de classes, acreditava Quesnay na compatibilidade universal ou complementaridade dos interesses pessoais numa sociedade competitiva.

amplamente aceitas, bem como a deficiência dos dados estatísticos.

David Ricardo (1772-1823) trabalhou no mesmo sentido de Malthus, isto é, preocupado em ampliar a tradição iniciada por Smith. Mas, - diferentemente de Smith e de Malthus, que usaram exemplos ilustrativos, Ricardo, banqueiro de uma lógica rigorosa, era direto e formal. Construiu um sistema abstrato em que as conclusões decorrem dos axiomas.

John Stuart Mill (1806-1873), introduziu na economia preocupações de "justiça social" que lhe valeram o qualificativo de "clássico de transição" entre sua Escola e as reações socialistas. A reinterpretação das leis que governam a atividade econômica, em geral, e a distribuição da renda, em particular, talvez representem a modificação mais importante efetuada por Stuart Mill à tradição clássica.

Jean Baptiste Say (1768-1832), jornalista, industrial, parlamentar e professor de economia do "Collège de France" foi o principal representante francês da Escola Clássica. Retomou a obra de Smith para corrigi-la e completá-la em vários pontos. Deu atenção especial ao empresário e ao lucro; subordinou o problema das trocas diretamente à produção, tornando conhecida sua concepção de que a oferta cria a procura equivalente, popularizada como "Lei de Say".

Karl Marx (1818-1883) opôs aos processos analíticos dos clássicos e às suas conclusões, com base no que Lenin considerou a melhor criação da humanidade no século XIX: a filosofia alemã, a economia política inglesa e o socialismo francês. Criticou a doutrina populacional de Malthus com base nas diferenças características dos diversos estágios da evolução econômica e seus respectivos modos de produção, afirmando que uma mudança no sistema produtivo poderá converter em excedente demográfico uma aparente escassez populacional.

Preocupou com épocas históricas específicas, contestando os casos hipotéticos dos clássicos¹⁰, as construções abstratas que não consideravam o significado da dinâmica interna do processo histórico, nem as leis econômicas peculiares aos estágios históricos.

Ao lado de disputas metodológicas com o classicismo, Hamilton Silva (2012) cita que Marx modificou a análise do valor, apesar de haver utilizado vários componentes da versão clássica da teoria do valor-trabalho, principalmente David

¹⁰ Smith, por exemplo, escrevera sobre um estágio "primitivo e rude" da sociedade.

Ricardo; desenvolveu conceitos que se tornaram muito conhecidos como, por exemplo, o de mais valia, capital variável, capital constante, exército de reserva industrial e outros, analisou a acumulação do capital, a distribuição da renda, as crises econômicas entre outros.

Muitos autores afirmam que a contribuição de Marx à análise econômica é um prolongamento, engenhosamente elaborado, da Escola Clássica. Outros os contestam com veemência, insistindo no erro frequente de se analisar separadamente as diversas teorias marxistas, o que destrói a unidade do marxismo - um conjunto de filosofia, sociologia, história e economia. Outros, enfim, acusam o "complô do silêncio" dos "economistas burgueses" em tomo da obra de Marx, por causa de sua sociologia da revolução, que preconiza a derrubada violenta da ordem capitalista(SILVA, 2012).

Antes de 1850 a economia americana caminhava desaquecida, dominada pela agricultura e pequenas empresas, ressentindo não apenas da escassez de capital, mas também da mão-de-obra. Em 1865 tem um início do aumento de produção, com contribuição de duplicação de quilômetros das estradas de ferro. Inicia a produção em massa, com a economia em franca evolução e a sedimentação da infraestrutura necessário ao desenvolvimento.

Assiste urbanização das pessoas entre 1865 a 1873, que se deslocam do campo para as cidades, transformando em mão-de-obra disponível para o trabalho industrial. O problema da escassez de trabalhadores foi abrandado pela imigração europeia a partir de 1890. Em 1920 emergente classe de operários já havia substituído artesãos. Formando o mercado consumidor tipicamente urbano. Estradas de ferro/aproximação territorial e comercial/transporte de mercadorias/ competição predatória, disputa por clientela.

Em 1882 surge o caso *Standard Oil* de grande repercussão e destaque – Com a organização de comerciantes, indústrias e mercado concorrencial, a formação de cartel ficou acentuada e a formação de cartéis – pools, não atingia os resultados desejados por não propiciar certeza ou estabilidade, surge a partir daí o *trust*, o *trust* receberia o poder derivado das ações (voto e decisões), e os participantes desse mercado receberia um certificado de *trust*.

Os trustes proporcionalizavam a administração centralizada dos agentes econômicos que atuavam no mesmo mercado, de maneira segura e estável, que a

concorrência estabeleceria entre eles. Poder concentra nas mãos dos trustes. *Standard Oil*, celebrado em 1882 foi o primeiro e mais conhecido de todos os trustes.

As discussões que antecederam a promulgação da decisão do caso *Standard Oil*, um posicionamento da Escola de Chicago em que eram contrários à regulamentação do poder econômico pelo poder público: qualquer Lei restritiva da livre-concorrência teria por consequência manter no mercado empresas ineficientes e de outra parte pregava a necessidade de efetiva proteção dos consumidores, preservando seu direito de escolha e não os sujeitando aos monopólios, assim como a manutenção das médias e pequenas empresas no mercado garantindo-lhes abrigo contra práticas de agentes com elevado grau de poder econômico.

De 1870 a 1929 foi um importante período marcado pela evolução do pensamento econômico com ao ponto de estabelecer princípios teóricos fundamentais como no início em 1870 foi marcado pelo decênio em que surgiu a análise econômica moderna, com a mudança na definição dos problemas econômicos: da determinação das causas do desenvolvimento da riqueza, o economista passou a se preocupar com a alocação dos recursos escassos entre usos alternativos, com o fim de maximizar a utilidade ou a satisfação dos consumidores.

Concomitantemente, a economia adquiriu caráter internacional, já que anteriormente representava campo de estudos de ingleses e franceses, principalmente. E tomou disciplina acadêmica, estudada em Universidades, deixando de ser domínio quase exclusivo dos homens de negócio. Já no fim de 1929 foi marcado pela "Grande Depressão", que gerou verdadeira "crise de consciência" dos economistas, quando estes perceberam que a ciência clássica não lhes permitia analisar integralmente a expansão da atividade econômica e elaborar políticas econômicas adequadas.

Verificaram que a teoria do retorno automático ao equilíbrio era indefensável: os preços e os custos não se adaptam mutuamente morria com rapidez e facilidade (teoria dos custos constantes), e as ofertas e procuras nem sempre reagem automaticamente diante das alterações dos preços (teoria da concorrência imperfeita); a própria moeda, com base no padrão-ouro, provocava desequilíbrios; a atividade econômica apresentava cada vez menos competitiva etc.

Nesse referido período, era abalizado pelos fatos mais importantes, a economia conheceu intenso desenvolvimento teórico. De um lado, vários economistas continuavam empenhados na controvérsia metodológica a respeito do emprego da dedução ou da indução, que apaixonara historicistas e clássicos, até concluir que ambos os métodos são tão necessários ao raciocínio econômico como as duas pernas para andar.

De outro lado, surgiu o Neoclassicismo ou Marginalismo, que buscou integrar a teoria da utilidade do valor com a teoria do custo de produção dos clássicos, bem como explicar os preços dos bens e dos fatores, e a alocação dos recursos com o auxílio da análise marginal. A introdução da análise marginal, que valeu a esse Movimento a denominação também amplamente divulgada de "Marginalismo", mudou de modo significativo a orientação dos estudos econômicos: representou um instrumento, rapidamente difundido, para explicar a alocação de determinados recursos escassos entre os usos correntes, com o objetivo de se chegar a resultados ótimos.

O "homem econômico"¹¹, racional e calculador, estaria empenhado em equilibrar seus dispêndios marginais com seus ganhos marginais. O Neoclassicismo apresentou sob a forma de importantes escolas, dentre as quais se destacaram: a Escola de Viena ou Escola Psicológica Austríaca, a Escola de Lausanne ou Escola Matemática, a Escola de Cambridge e a Escola Sueca.

A Escola de Viena ou Escola Psicológica Austríaca, e a teoria da utilidade marginal desenvolveu em torno de Karl Menger, a partir de 1870. Este, em 1871, formulou uma teoria do valor de troca baseada no princípio da utilidade decrescente, simultaneamente com o inglês Stanley Jevons (1871) e o francês Léon Walras (1874). Pouco divulgadas no exterior por causa da barreira da língua, as obras de Menger constituíram, na Alemanha e na Áustria, o fundamento dos estudos teóricos posteriormente aí realizados.

Dentre seus seguidores destacaram Friedrich von Wieser (1851-1926) e Eugen Böhm-Bawerk (1851-1914), que apresentaram importantes contribuições, especialmente à teoria do capital e do juro. Uma das figuras mais proeminentes da

¹¹ A teoria circunda a defesa de que o homem tem a capacidade de usar a razão para produzir e consumir.

Escola de Viena foi Böhm-Bawerk, professor e Ministro das Finanças da Áustria por três vezes. Formal e dedutivo, procurou analisar a natureza do capital e seu papel no processo produtivo. Tentou conciliar duas posições opostas: as desvantagens da restrição ao consumo com as vantagens de futuras expansões da produção, baseado na teoria subjetiva do valor.

Supunha que o "homem econômico", motivado pelo desejo de maximização da utilidade, tende a supervalorizar as necessidades presentes e a subestimar a intensidade dos desejos futuros; daí a necessidade de se recompensar a poupança presente com o pagamento de taxa de juros porque ela significa o sacrifício de satisfações presentes.

A Escola de Lausanne ou Escola Matemática, e a teoria do equilíbrio geral fundada por Léon Walras (1834-1910), professor francês que lecionou Economia na Faculdade de Direito de Lausanne, de 1870 a 1892, quando foi sucedido por Vilfredo Pareto (1848-1923). Já a Escola de Cambridge e a teoria do equilíbrio parcial Alfredo Marshall (1842-1924), professor de Economia Política da Universidade de Cambridge, exerceu enorme influência sobre importantes gerações de pensadores econômicos e deu posição de destaque à Escola que recebeu o nome de sua Universidade.

Sua obra *Principles of economics* constituiu, segundo Keynes, o início da idade moderna da Ciência Econômica britânica. A Escola Neoclássica Sueca Knut Wicksell (1851-1926) foi o principal representante do ramo sueco do Neoclassicismo, apresentando importantes contribuições à análise do valor e da distribuição. Deu ênfase ao papel da moeda e do crédito na atividade econômica, diferentemente de seus antecessores, muitos dos quais consideravam a moeda um simples "véu" que cobria as trocas de bens.

Mostrou que tais questões, até então relegadas a plano secundário, aumentavam de importância e complexidade à medida que se dependia cada vez mais dos bancos como criadores de meios de pagamentos. Seu interesse pela teoria do capital e do juro surgiu da crítica que apresentou aos trabalhos de Böhm-Bawerk, introduziu o conceito de estrutura de capital, propiciando novo enfoque relativamente ao efeito da acumulação de capital e à inovação sobre a Renda Nacional, bem como ao relacionamento entre as quotas de participação.

Apesar da ampla aceitação do Neoclassicismo e da grande extensão do domínio de sua influência, principalmente durante os três primeiros decênios do século XX, as principais ideias marginalistas foram também objeto de alguns movimentos de oposição, como veremos mais adiante. Oposições ao Neoclassicismo destacaram o Institucionalismo e o movimento da Economia do Bem-Estar.

A Escola Institucionalista desenvolveu principalmente nos Estados Unidos e buscou fundamentar na História, na Sociologia e nas Ciências Sociais em geral. Opôs à metodologia das Escolas Clássica e Neoclássica, com o objetivo de tirar a economia do laboratório de deduções, e reconduzi-la à realidade. Neste sentido, o Institucionalismo procurou considerar o tempo, colocado em destaque pela Escola Histórica, e o espaço por meio dos quadros sociais e institucionais.

A Economia do Bem-Estar de Arthur C. Pigou (1877-1959), sucessor de Marshall na cátedra de Economia Política da Universidade de Cambridge, desafiou a tradição neoclássica relativamente à substituição da ação industrial privada pelo Estado, na esfera econômica. Em 1920, o ponto central de discussões e oposições foi a teoria neoclássica do valor; em seguida, a análise marshalliana de rendimentos crescentes e seu relacionamento com a viabilidade do mercado competitivo; no início do decênio de 1930, o aparecimento das teorias de concorrência imperfeita reativou os ataques contra o neoclassicismo, e logo depois Keynes criticou os aspectos da análise neoclássica que se relacionam à questão macroeconômica do nível de emprego e da produção.

Entre as duas Grandes Guerras, surgiu John Maynard Keynes (1883-1946), cujas obras romperam com a tradição neoclássica e apresentaram um programa de ação governamental para a promoção do pleno emprego. Foi tal o impacto que produziram, que a atuação de Keynes e de seus continuadores passou a ser cognominada de "Revolução Keynesiana". Ao tentar encobrir o caráter classista do consumo na sociedade burguesa, Keynes estabeleceu uma única lei de consumo para todas as classes, ignorando que o consumo dos trabalhadores e dos capitalistas é de natureza muito diferente.

Keynes teria silenciado sobre a natureza classista do Estado burguês imperialista - órgão dos monopólios capitalistas. Suas propostas para aumentar o controle estatal sobre a atividade econômica agravaram o jugo da oligarquia

financeira, mediante a utilização dos recursos da renda nacional. Por outro lado, alguns socialistas procuraram integrar certas contribuições Keynesianas no sistema socialista, como a política do pleno emprego e a do direcionamento dos investimentos.

Ou, então, tentaram aproximá-lo de Keynes: a armada industrial de reserva seria o pressentimento do desemprego permanente de Keynes; a tese marxista do subconsumo operário estaria próxima da tese Keynesiana da insuficiência da demanda efetiva; a tendência à baixa do lucro lembraria a insuficiência da eficácia marginal do capital; para ambos, o juro é o preço da moeda disponível. Enquanto Keynes reabilitava o capitalismo, o socialismo implantado a nível nacional, pela primeira vez em 1917 (URSS), passou a servir de modelo, depois da Segunda Grande Guerra, às Democracias Populares: China, Vietnã, Cuba e outros.

Mas no limiar do ano 2000, bruscas mudanças econômicas, políticas e sociais surpreendem o mundo: o vento da História, no início dos anos 90, elimina desde os modelos extremos das economias socialistas integralmente planificadas, até as forças políticas locais e regionais, que insistem em se apoiar no exacerbado centralismo estatal e na política massificadora.

Os países da chamada "cortina de ferro- e até mesmo a China e a Albânia adotam mecanismos da economia de mercado. Apenas Cuba persiste na via socialista autoritária e burocrática. Daí se dizer que os anos 90 representam uma fase científica e tecnologicamente muito produtiva, mas politicamente imprevisível. De fato, na área científica e tecnológica, o progresso é intenso, desde o infinitamente pequeno ao infinitamente grande, mas no campo político, a reavaliação do papel do Estado apresenta fatos inesperados, sobretudo no ponto de junção entre a estrutura e a superestrutura: o comunismo fracassa na tentativa de aperfeiçoar a sociedade com base no planejamento da intervenção estatal e, ao mesmo tempo, provoca a reabilitação da iniciativa individual e do lucro.

Importante ressaltar a Escola de Chicago, visto como a escola de estudos focados na disciplina antitruste a "eficiência" e os preços inferiores para os consumidores, ficada nas políticas econômicas, seria essa a mais preciosa das manifestações da eficiência alocativa. Na União Europeia, mais de uma vez, a Corte de Justiça deixou claro que a disciplina antitruste não visa apenas a proteger os

interesses dos concorrentes e dos consumidores, mas tutelar a estrutura do mercado e, portanto, a concorrência.

As controvérsias entre os economistas da Escola de Chicago e aqueles de outras linhas estabeleceram em torno de um problema central: qual o objetivo que deve ser perseguido pela Lei Antitruste, independente da lei de que se trata, e que tipo de concorrência deve ser protegida, sem que se considere qualquer contexto, não existe um objetivo único. Ponto de destaque é que ela é uma lei instrumental a determinada política econômica, possuindo, por consequência, objetivos bem próprios, diversos daqueles das demais leis antitrustes.

Em atenção ao tema, afirma Sullivan (2020) que “As leis antitrustes não irão apenas lidar com problemas de eficiência alocativa”, sua aplicação deve ser temperada pelos princípios embaixadores, com contornos ideológicos bastos marcados porque a definição da eficiência e de sua proteção, como o “único” fim da legislação antitruste envolve a opção (política) que dá maior ou nenhuma importância a outras diretivas e, especialmente, defende o menor grau possível de atuação estatal.

As escolas de pensamento antitruste/Escola de Chicago – Iniciamos pela escola de Harvard e de Chicago: a Escola de Harvard (Areeda, Turner, Sullivan e Blake) parte do pressuposto de que empresas com poder econômico usá-lo-ão para implementar condutas anticompetitivas, como ensina Montesquieu: “todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites”. Assim, devem ser evitadas as excessivas concentrações, que acabam por gerar disfunções prejudiciais ao próprio fluxo das relações econômicas, buscando modelo de concorrência imperfeita.

A Escola de Harvard (também referida como estruturalista) vê as restrições verticais com desconfiança e entende que o agente econômico é propenso a utilizar sua posição dominante em um mercado para alavancá-la em outro. Já em 1980 a Escola de Chicago revoluciona o entendimento que se tinha, defende o menor grau possível de regulamentação da economia pelo Estado.

Traz para o antitruste a análise econômica, instrumento de uma busca maior: a eficiência alocativa do mercado, que sempre beneficiária os consumidores. Robert Bork (formado em Chicago) professor Yale, defende que a análise econômica parte do que chamamos de “jogo do interesse protegido”. Para a Escola de Chicago defende

o modelo positivista e procura distanciar do direito aquilo que poderia desestabilizá-lo, a certeza e segurança demandam o afastamento dos elementos que não levam à eficiência alocativa e que comprometem o grau de previsibilidade do sistema.

Assim, a tomada de decisões na sociedade deve ser feita de acordo com o critério econômico da eficiência alocativa, que reverterá sempre em prol do bem-estar do consumidor. A visão europeia do Antitruste: a concorrência instrumental, a disciplina antitruste na União Europeia tem por escopo principal garantir a integração entre os mercados dos Estados-membros, impedindo o levantamento de barreiras públicas e privadas à atuação dos agentes econômicos em todo território, ou seja, realizar a integração dos mercados nacionais pelo estabelecimento de um mercado único. Em linhas gerais, busca a concorrência qualitativa, integração do mercado, preservação da cultura e de um sistema de distribuição gerador de centros pulverizados de organização dos fatores de produção; proteger não apenas os interesses dos concorrentes ou dos consumidores, mas a estrutura do mercado.

O texto da Constituição de 1988 não deixa dúvidas quanto ao fato de a concorrência ser, entre nós, meio, instrumento para o alcance de outro bem maior, qual seja, “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (Art. 170, caput, Constituição Federal do Brasil 1988). O caráter instrumental da proteção da concorrência permanece na atual Constituição, que manda reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência (art. 173, § 4.º), em atenção ao princípio da livre concorrência (art. 170, IV). Ordena, também, que seja reprimido o aumento arbitrário de lucros (art. 173, § 4.º), conforme o princípio da defesa do consumidor (art. 170, V).

Os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência são instrumentais da promoção da dignidade humana. Aos princípios veiculados pelo seu art. 170, teremos que todos eles têm por fim assegurar à todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. E o seu art. 1.º enuncia como dois dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana e os valores sociais da livre iniciativa.

No Brasil, não se pode sustentar que a disciplina antitruste visa apenas a implementar a eficiência, seja ela alocativa, produtiva ou dinâmica. A grande questão é criar e preservar, nos ditames constitucionais, ambiente no qual as empresas

tenham efetivos incentivos para competir, inovar e satisfazer as demandas dos consumidores; proteger o processo competitivo e evitar que os mercados sejam fossilizados pelos agentes com elevado grau de poder econômico.

A não implementação de uma política de concorrência vigorosa pode expressar precisamente a implementação de uma determinada política. Nega ou transcura o caráter instrumental das normas antitruste, considerando-as apenas maneiras de eliminação dos efeitos autodestrutíveis do mercado ou promotor da eficiência alocativa, em visão seguramente ultrapassada ou viciada, pois que despreza uma das mais poderosas ferramentas de que pode lançar mão o Estado contemporâneo para implementação de suas políticas econômicas. Nesse raciocínio, esposado por muitos teóricos, especialmente aqueles ligados à Escola de Chicago, prega, acima de tudo, a não utilização das normas antitruste como instrumento de política econômica.

2.4 Papel do Estado, modificações no tempo

O Estado composto pelos três poderes harmonizam para que os objetivos fundamentais sejam alcançados conforme previstos constitucionalmente, sendo dentre eles garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais(art. 3º, incisos II e III e art. 170 e incisos). Na persistência de preservar Sistema Liberal (livre-concorrência e livre-mercado) autorizava a atuação do Estado visando a eliminação das distorções que se apresentavam, afastando fatores de instabilidade.

O mercado no século XIX viveu a crise do capitalismo, crise de 1929, enfrentando consequências como o desemprego, carestia de produtos de consumo entre outros. Assim, o Estado é chamado a impulsionar, organizar a máquina econômica e o faz intervindo em diversos setores, oferecendo crédito para a produção industrial, incentivando a produção agrícola, intervindo no setor bancário e de seguros, planejando o comércio exterior e outras ações. O Estado passa a dirigir o sistema, com o escopo de evitar as crises.

O Estado em sua função de implementar uma política econômica atua no domínio econômico, ou seja, desempenha diretamente funções que: não despertaram

o interesse dos empresários ou; devem ser desenvolvidas pelo governo por razões de interesse nacional (GRAU, 2003). O Estado assume, em regime de monopólio, determinado setor da economia, impondo, mediante a promulgação de uma norma, a exclusividade de exploração. Desta forma, nenhum agente econômico privado poderá competir com o poder estatal.

A Constituição de 1988 apresenta uma das marcantes características de ser principiológica e programática dispondo não só de regras mas também de princípios, assumindo inicialmente no art. primeiro o compromisso de constituir em um Estado Democrático de Direito com fundamento na dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (Art. 1º, incisos III e IV, da Constituição Federal do Brasil 1988). Enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade.

A interrelação entre as ciências – economia e Direito nasce do estudo entre o dever de estabelecer uma relação harmoniosa entre a política e a esfera social, devendo caminhar juntos, “voltando-se à realização dos mesmo fins, o Estado e a sociedade”¹². Fins esses, que estão previstos nos artigos da Constituição especialmente no art. 3º que estabelece os objetivos fundamentais como “ I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (Art. 3º, incisos I, II e III, da Constituição Federal do Brasil 1988), denotando até aqui questionamentos de como o Governante brasileiro irá cumprir o que está previsto constitucionalmente e qual o caminho adotar para chegar ao cumprimento de tais preceitos?

Cabe questionar diante dos problemas econômicos, conforme são demonstrados pela ciência econômica, como estabelecer políticas públicas para resolvê-los? Em primeiro, a ciência da economia se divide o estudo em Economia Positiva e Economia Normativa, sendo que a Economia Positiva é onde se utiliza de argumentos positivos, do que realmente é¹³. Enquanto que a Economia Normativa é onde emprega argumentos normativos, o que deve ser, sendo que a diferença

¹²Eros Grau no capítulo sobre a Constituição e Serviço Público delimitando as expressões atividade econômica e serviços público em estudo sobre a Constituição de 1988.

¹³ Maria Valesca Damásio C. Silva tratando dos problemas econômicos fundamentais na economia como ciência cita as subdivisões da Economia com a separação no campo social e jurídico.

apresentada pela Ciência da Economia estabelece os fatos e comportamento dos indivíduos da sociedade do que realmente acontece.

Nesse estudo é importante identificar que não basta apenas normatizar, precisa fazer cumprir os preceitos constitucionais em uma ótica eficaz de implantação dos direitos previstos como realmente é diante do estudo do campo social e do comportamento das pessoas que compõem esse referido campo. Pois, o art. 3º normatiza ainda, como objetivos fundamentais “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”(Art. 3º, incisos IV, da Constituição Federal do Brasil 1988).

Deste modo, para resguardar tais direitos o Estado deverá atuar no campo social normatizando implementado para que os resultados sejam alcançados, o que perfaz essencial atuação mercado econômico concorrencial, vez que, ele promove a circulação de riquezas, gera renda, satisfaz as necessidades humanas com recursos utilizados, estuda a demanda e produz a oferta e arrecada impostos aos cofres públicos.

Assim, o Estado realiza atuação por absorção, que é o ato do Estado pegar para si o exercício de determinada atividade econômica e a atuação por participação, em que o Estado pode também atuar por participação no domínio econômico, quando desempenha atividade típica de agentes econômicos privados, competindo em igualdade de condições, que haja barreiras legais à entrada de novos competidores naquele setor da economia, impostas pelo governo.

Incluem, também, na atuação por participação, as atividades que o Estado desenvolve em parceria com o setor privado, defendendo ações ou quotas de sociedades comerciais. E temos a atuação por intervenção, normatizando e regulando, intervenção Estatal - Essa é atuação do Estado sobre o mercado, ele irá desenvolver sobre o domínio econômico, como escopo de regular o processo de produção. É a atividade legislativa e de regulação, mediante a qual são impostas regras de conduta a serem observadas pelos agentes econômicos, a disciplinar suas práticas.

Em Paris noticia a intervenção do Estado em 1951, pelo Tratado de Paris que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, tendo como fim maior “contribuir, de harmonia com a economia geral dos Estados-membros e pelo

estabelecimento de um mercado comum, para expansão econômica, para o aumento do emprego e para a melhoria do nível de vida dos Estados-membros”¹⁴. Já na União Europeia viu na concorrência efetivamente um meio para concretizar determinada política pública, de forma institucionalizada. Intensificou o caráter instrumental da concorrência, que passa a ser tomada com um princípio cardeal a orientar o processo de interpretação/aplicação das normas antitruste.

Enquanto que no Brasil vê normatizado pelo art. 174 da Constituição Federal de 1988 – a força da Constituição mostra a concorrência de intervenção como instrumento da Ordem Econômica que, por sua vez, está fundada na valorização do trabalho humano, na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social previstos no art. 170, *caput*.

O Capítulo da Ordem Econômica na Constituição resguarda a base dos princípios que fundam a organização de mercado e desenvolvimento de atividades econômicas no Brasil e no art. 174 do mesmo instituto identifica a atuação do Estado como agente normativo e regulador das atividades econômicas.

Importante compreender que o art. 173 da Constituição veda o Estado de ser um agente econômico estrito sensu, deixando as atividades de concorrência preferencialmente na mão da iniciativa privada, restando o estado proibido de atuar como agente empresário de atividades econômicas de fins lucrativos.

Contudo, mesmo normatizado no inciso VII, do art. 170 entende que “a redução das desigualdades sociais é comumente tratada em segundo plano. Quando não é assim, a questão se coloca submetida a estimativas econômicas de custos e ganhos monetários para a avaliação da sua implantação” (MATSUSHITA, 2019, p.1009).

Assim, corroborando com a ideia de Thiago Matsushita (MATSUSHITA, 2019, p.1009) que Arenhart cita que é “fácil perceber que, na prática atual, o controle jurisdicional de políticas públicas é tratado com pueril irresponsabilidade”, onde observa outros interesses no topo das preocupações ou pela discussão ampla de gastos pelo Poder Público.

Fato de exemplo são os casos de saúde no Brasil, “o direito fundamental à saúde pode ou não impor a prestação de determinado tratamento específico a

¹⁴ FERNANDES. Alta autoridade – comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA). Outubro 2017.

individuo determinado” (ARENHART, 2017, p. 475), ficando condicionado a distribuição de recursos a partir de ajuizamento das ações individuais, reserva do mínimo legal e ao entendimento de magistrados em conceder ou não a assistência. Demonstrando que na questão da saúde em movimentos jurisdicional são os necessitados que mais precisam da política pública e não à alcançam.

Na verdade, a distribuição de recursos na esfera econômica interrelaciona diretamente com a política em que o ser humano em geral recusa a partilhar – um efeito colateral; em regra não estamos dispostos a sacrifícios em prol do bem comum; o político para ser populista (eleito) deverá prometer mesmo sabendo que não irá cumprir; o político não fala a verdade para ser populista; perda da credibilidade da classe política; mostra o milagre, mas não mostra como fazer (GÉNÉREUX, 2003).

O Estado deverá estabelecer ações políticas e leis infraconstitucionais com implementação de políticas públicas para desenvolver instrumentos para alcançar o cumprimento de tal ordenamento. Sabe que é uma das tarefas mais árdua e difícil por ser ampla, complexa de estabelecer, pois, a maioria da população são carentes e possuem restrições em todos as garantias constitucionais assistenciais que envolvem relação de orçamento do Estado.

Contudo, a busca pela eficiência de mercado econômico gera empregos e melhor distribuição de renda, reduzindo assim, conseqüentemente as desigualdades em oportunidades entre os indivíduos que compõem a sociedade e oportuniza renda para satisfação das necessidades individuais e familiar. Essas necessidades direcionam o mercado econômico e determinam os produtos que serão demandados para consumo ativando a concorrência que fica voltada para atender as demandas.

A disputa concorrencial é uma das ferramentas para alcançar a eficiência de mercado econômico e circulação de riquezas, necessitando o tratamento da matéria de 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. Deste entendimento compartilha Castro (2017):

(...) se evidencia que a Constituição da República possui, também, sua própria ideologia, segundo a qual a ordem econômica deve-se orientar à promoção do desenvolvimento econômico com justiça social. Por essa razão, são pertinentes as propostas teóricas relacionadas a uma compreensão diferenciada do papel do direito concorrencial nos países em desenvolvimento, orientando-se essa política econômica à proteção do

processo competitivo e preservação da rivalidade, em prol de um desenvolvimento inclusivo.

O papel do Estado resta em intervir nas relações concorrenciais para atender os princípios constitucionais econômicos e resguardar o interesse da coletividade. A atuação será voltada a (re)estabelecer o mercado para que atenda as necessidades da população, vez que os recursos são escassos e as necessidades são ilimitadas podendo ocorrer a escassez.

Devendo assim, o Estado intervir em uma medida mínima, porém, suficiente para manter o equilíbrio nas alocações de recursos e nas relações de comércio auxiliando, se for preciso com incentivos e subsídios, o crescimento e desenvolvimento econômico do País.

2.5 O Direito Econômico no Brasil

As primeiras notícias do surgimento do Direito Econômico atribui à Primeira Guerra Mundial, em razão da descoberta da importância da produção econômica para a eficiência das tropas nos campos de batalha. Tal fato impulsionou a regulação das atividades econômicas (COMPARATO, 1977, p.1). Em um campo dominado por agentes privados, conseqüentemente com exploração exarcebada do homem sobre o outro homem, surge a necessidade do Estado atuar intervindo nas relações para proteção da coletividade e na busca de uma isonomia de oportunidades de mercado para todos.

O Estado tem a função de buscar o nível de equilíbrio adequado para o mercado econômico por meio de uma política que deve desenvolver para cumprir os preceitos da Carta Maior. Sobre a intervenção do Estado na função de trazer um equilíbrio social Fabiano Dell Masso apresenta que:

O nível de intervenção do Estado no domínio econômico é de graus diferenciados, assim, o fato de exigirem regras ou mesmo planos de desenvolvimento não é o suficiente para caracterizar a economia de comando, portanto, a planificação passou a ser um recurso utilizado, em menor grau, pelas economias não socialistas(MASSO, 2012, p.33).

A intenção não é a defesa do socialismo, mas a planificação – equilíbrio de mercado se fez essencial na história para debater a natureza do homem, que por si é um ser em busca de vantagens. Meritório compreender as extremas desigualdades que na história se constituem em todo o mundo a riqueza e luxúrias de uma minoria e por outro lado o mazelento mundo da minoria excluída do processo econômico.

Sabe que os recursos são limitados, por isso, faz a necessidade de um mercado que venha atender não a todos, mas pelo menos uma grande maioria da população – igualdade de condições, com oportunidade de renda e satisfação das necessidades. De tal modo, o Direito Econômico decorre do estudo, em esfera macroeconômica, das necessidades humanas X escassez. Diante do estudo da economia, cabe inicialmente identificar que as necessidades humanas se expandem indefinidamente (ilimitadas) e a escassez de recurso para seu atendimento são evidentes (produtos limitados) para chegar a política pública adequada de igualdade social conforme previsto nos artigos constitucionais anteriormente citados.

Dentro de uma evolução no Brasil temos a Lei 8.884/1994 que sistematizou a matéria antitruste, aperfeiçoando o tratamento legislativo, além de transformar o CADE em autarquia federal, beneficiando-lhe com destinação orçamentária própria. Inicialmente houve divergência e oscilação na aplicação da lei por parte dos Agentes administrativos. Contudo, começou em finais dos anos 90 a aplicação continua 2012 com interesses acadêmicos e avanços da matéria em alguns aspectos: Consolidação do controle das concentrações empresariais; consolidação no controle dos cartéis; aumento institucional do Poder Judiciário pelo CADE e aumento da atuação do Ministério Público na área do antitruste.

Em 2012, entra em vigor a Lei 12.529/2011 o atual diploma antitruste que em pouco alterou a material já prevista, com critérios de determinação da ilicitude das práticas empresariais. Trouxe algumas inovações entre elas: Reestruturação do SBDC e foi incorporada pelo CADE, que passou a ser composto por dois órgãos principais: Tribunal Administrativo e Superintendência-Geral.

Ao Tribunal compete principalmente julgar as acusações de infração à ordem econômica e as operações de concentração; a Superintendência-Geral cabe investigar e instruir os atos a serem apreciados pelo Tribunal. Há também o Departamento de Estudos Econômicos, cuja a principal função é elaborar as análises

e pareceres para embasar a atividade do CADE.

Os desafios do antitruste no Brasil de hoje está em uma cooperação de órgãos e sociedade juntamente com o CADE e Ministério Público para o combate de ações anticoncorrenciais. Desafio que o CADE melhore os recursos materiais suficientes para enfrentar a demanda gerada por um País com mercado interno em fraca expansão. Que o CADE passe a efetivamente coibir abusos de posição dominante e outras práticas bastante lesivas aos consumidores e à influência de relações econômicas, deixando de preocupar quase que exclusivamente com atos de concentração que muito raramente apresentam problemas concorrenciais relevantes.

Outro desafio é implementar um trabalho de parceria nas dimensões territoriais do Brasil com o Ministério Público e Poder Judiciário para, por fim, conseguir realizar a tutela dos direitos difusos, alçando um mercado que trabalhará em prol do bem-estar-social de toda coletividade brasileira.

2.6 Evolução econômica nas constituições brasileira

A Ordem Econômica demanda uma preocupação técnica por alcançar variados sentidos, sendo que induz a organização que envolve vários e muitos, por mais diferentes que sejam. “Assim, a atividade jurídica é determinada por uma necessária organização, o que parece óbvio, pois o Direito tem por finalidade organizar da melhor forma a convivência social”(MASSO, 2012, p. 61).

Dessa forma o Estado brasileiro se organiza no estudo político e social em prol da ordem, em que tem um evolução econômica nas mudanças políticas do País. A evolução no tempo, se deu nos sistemas de produção e as principais teorias econômicas utilizadas como fundamento para as ações político-governamentais, situando o Estado brasileiro a partir de sua origem colonial destacando os principais fatos políticos e econômicos conformadores de sua existência e evolução.

Por isso, destaca aqui o tratamento dispensado pelas diversas Constituições brasileiras à Ordem Econômica como reflexo dos acontecimentos históricos, das políticas e das teorias econômicas vigentes cada um dos momentos históricos. Demonstra a existência de uma ordem econômica imanente na sociedade que é

revelada e modelada pelo direito, mas que a ele não se reduz como pretende o positivismo, justificando assim, as alterações ocorridas nas Constituições para acolhê-la.

A chamada Constituição Política do Império constata que (Carta de Lei de 1824), é fiel às idéias liberais da época, o que nos faz constatar que preponderava a vontade do imperador e dos grupos economicamente mais fortes. Não traz menção ou regra sobre sistema econômico, determinando expressamente no art. 178 que somente são considerados assuntos constitucionais o respeitante às atribuições dos Poderes políticos e aos direitos políticos e individuais.

Nesse período a escravidão ainda existia, sendo que o poder econômico nesse momento refletia no poder político colocando base mínima econômica de renda para o indivíduo ter o direito a votar. Não havia nesta constituição um capítulo próprio da ordem econômica, momento de exploração e poder restrito à poucos, porém, já demonstrava uma preocupação com os problemas econômicos.

Fato que embora não tenha um capítulo próprio, já existia no momento “uma preocupação com os problemas da ordem econômica” (TAVARES, 2003, p.107), preocupação ampla com a regulação e organização da atividade econômica, tomando as preocupações o centro da organização social considerando o sistema liberal da época, atribuídas ao imperador as decisões econômicas importantes.

A Constituição de 1891, resultante da Proclamação da República, também manteve o caráter liberal, não inova no sistema econômico, levando os Estados federados a interferir na ordem econômica por meio de normas infraconstitucionais. Trouxe um regime Republicano Federativo com direitos à liberdade, à segurança individual, ao exercício profissional e à propriedade em sua plenitude, inclusive a propriedade intelectual, eram garantidos com exceção da desapropriação por necessidade ou utilidade pública.

A Constituição de 1934, diferente das duas primeiras constituições brasileiras, abandonou a neutralidade do Estado liberal, incorporou conceitos do Estado Social e insere pela primeira vez em texto constitucional regras sobre a Ordem Econômica e Social. Neste período restou um reflexo da conturbação causada pela Revolução Constitucionalista de 1932, forçou o governo provisório de Getúlio Vargas a tomar medidas que dessem normalidade ao regime republicano.

Apresentou uma ideologia desenvolvimentista, estabeleceu um título com o destaque a Ordem Econômica e Social do art. 115 aos 140, iniciando com uma preocupação com o padrão de vida nas várias regiões do Brasil, com respeito à adoção de medidas que promovessem o desenvolvimento da indústria nacional e no agronegócio a oportunidade de favorecimentos a exportação agrícola.

Começa a mapear o Brasil, pela sua dimensão social e econômica, nas desigualdades e na ausência de atuação do Estado restando uma desorganização econômica como a consequência. A não participação do Estado, apenas atuando na questão de tributação, legitimou alguns particulares a monopolizar determinada indústria ou atividade econômica.

Esta constituição apresentou um caráter programático dispondo no art. 117, *caput*, que “a lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito”. Previu ainda, a proteção dos direitos dos trabalhadores com a criação da Justiça do Trabalho, a instituição do salário mínimo com as correções inflacionárias, a previsão de férias

Na Constituição de 1937, teve a preocupação maior do controle político, muitos dos dispositivos referentes à ordem econômica se mantêm semelhantes à Constituição anterior. Foi um período de um sistema liberal, fincado no autoritarismo do governo de Getúlio Vargas restrito ao campo social que, em verdade, era regulado em consonância com os interesses econômicos liberais.

Neste contexto, a atuação direta do Estado na economia acontecia em caráter subsidiário, isto é, na ausência de interesse ou capacidade do setor privada em explorar atividade econômica específica. Também chamada de “polaca”, porque realizou uma comparação com a Constituição da Polônia de 1935, refletia um cenário de autoritarismo devido a sua forma de imposição e aos poderes autoritários concedidos ao Presidente.

Esta constituição refletia o cenário internacional de crise pelo qual passava o mundo naquele momento e o País era governado através de decretos-leis, perfazendo um corporativismo e nacionalismo como faziam na Itália e Portugal. Contudo nos arts. 135 até o 155 trata do Domínio Econômico em capítulo próprio, deixando à iniciativa privada liberdade na exploração econômica, competindo ao Estado somente organizar a produção a fim de evitar conflitos entre os agentes econômicos e, atuar

nas falhas do mercado.

Art. 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, fundase a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.

O artigo em comento demonstra que a economia tem por base a livre iniciativa e, a atuação do Estado é tão somente para suprir deficiência (natureza subsidiária) e, coordenar as atividades produtivas no sentido de eliminar a concorrência (livre concorrência). A colocação da expressão “exercido nos limites do bem público” nada mais significa da capacidade do Estado de impor os limites gerais da ordem econômica, não implicando na atuação do Estado no domínio econômico que, ficava a cargo da iniciativa privada.

Importante, citar que a questão trabalhista desse governo é entendida como questão econômica e não social, determinando que a atuação do Estado seja na ótica da economia e não do trabalho. O resultado disso é a organização do trabalho no sentido de direcioná-lo a atender os interesses do setor privado. Esta organização dos trabalhadores não poderia livremente nos sindicatos ou outras formas associativas, motivo pelo qual, tais organizações são incorporadas dentro do Estado (corporações) ou, controladas diretamente pelo Estado, como no caso do art. 138 que versa sobre a liberdade sindical.

A Constituição de 1946, da redemocratização, destaca pelos princípios programáticos, de compromisso para o futuro, que em muitos casos restaram descumpridos. Com término da segunda Grande Guerra e diante da derrota do totalitarismo não aceitava mais o regime totalitário requerendo a mudança para a democracia. No Estado brasileiro não havia mais espaços para ditadura restando imperiosa a implantação da democracia.

O Brasil continuou seguindo as tendências do mundo europeu e recuperou uma personalidade democrática dando um cabo aos sistema ditatorial pregado na

Carta de 1937, começou a implantar o regime liberal com novas ações sociais produzidas pelo processo de intervenção do Estado no domínio econômico – nomeado como novo liberalismo.

A autonomia de vontade passa a ser limitada pela função social dos institutos de direito privado, em especial, nos contratos e na propriedade. Sabe que os contratos são instrumentos jurídicos de circulação de riquezas na economia, organizando uma relação de segurança econômico-jurídica. A Constituição de 1946 nos arts. 145 aos 145 demonstrou uma organização de temas mais específicos na regulação da atividade econômica como: determinar que a Ordem Econômica deva ser “organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano” (Art. 145, da Constituição Federal de 1946).

Em complemento no parágrafo único apresenta que a “todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social”. deste modo, relaciona as bases da Ordem Econômica com a exploração da mão-de-obra e vai além em dizer que a intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados na constituição do momento.

A Constituição de 1967, alterada pela Emenda 1 de 1969, mantêm em relação à ordem econômica (e social) as mesmas diretrizes da Constituição de 1946, colocando como base a segurança nacional. A Revolução Militar de 1964 de o primeiro passo para a formação ideológica segundo a qual a segurança é a raiz do desenvolvimento econômico, social e político.

A Constituição de 1988, em vigência, dispõe de forma minuciosa sobre a Ordem Econômica e Financeira e é emoldurada por fundamentos e princípios gerais, resultante de uma ideologia da época, de forma a instituir o sistema econômico nacional com base em uma economia descentralizada. Há um rompimento com o período político anterior, nos campos econômico e social.

Surge um novo papel desempenhado pelo Estado, sendo denominada como uma Constituição Cidadã, em dar destaque ao aspecto social do País sob a ótica de atenção e cuidados com o cidadão em destaque. O art. 173 da Carta citada determina o afastamento do Estado das atividades econômicas empresariais dando-lhe a proibição de ser uma agente econômico concorrencial de fins lucrativo, pois, tal atividade deverá permanecer nas mãos da iniciativa privada.

O agente econômico privado irá, por sua vez, ser protegido nas suas relações com fins lucrativos desde que cumpra a função social empresarial, uma das espécies da titularidade e responsabilidade do agente empresário. A Empresa, existindo, deverá cumprir a função social empresarial de gerar empregos, rendas, circular riquezas, explorar a matéria-prima cuidando minuciosamente do meio-ambiente, realizar contribuições previdenciárias e fiscais, enfim, tudo que circula e faz o mercado econômico brasileiro desenvolver em um ambiente sadio e próspero para todos.

Ser empresário no Brasil é uma ação voltada ao bem-estar social, certo que o lucro é um resultado da atuação do agente econômico sendo o proveito privado da sua atuação, contudo, existe uma finalidade maior de alcançar o bem comum de todos, não só que atuam no mercado concorrencial, mas todos as pessoas que compõem a sociedade do Brasil.

Por isso, chamada de Constituição Econômico-Social, por atender os interesses individuais nas expectativas de seus lucros com incentivos e subsídios advindos de políticas públicas, mas com uma finalidade macroeconômica que alcança à todos em um bem comum de crescimento e desenvolvimento do País. Tudo que compõe o mercado econômico é patrimônio nacional.

Nesse intento, o art. 170, *caput*, traz que “A Ordem Econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social(...)”. Assim, apresenta os fundamentos da Ordem Econômica que é firmada em uma base de livre-iniciativa e livre-concorrência, a liberdade de empreender ou de explorar a atividade econômica nos limites normativos previstos para reciprocidade e isonomia de mercado econômico.

A valorização do trabalho humano “é de certa forma um limitador da livre-iniciativa, mas que com ela deve se relacionar para a construção do sistema econômico nacional” (MASSO, 2012, p. 72). A oferta de mão-de-obra no mercado econômico é quem traz a possibilidade de desenvolvimento¹⁵, porém, não é quem

¹⁵ Desenvolvimento que não possui um conceito único e acabado, como bem destaca Santos Neto e Bambilra(2020, p.31) que: “O termo “desenvolvimento nacional” posto como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil constitui um típico conceito jurídico indeterminado, cuja plurivocidade pode nos conduzir a diversas interpretações. Todavia, ao localizarmos em volta de tal conceito uma dimensão ou zona de certeza positiva e outra de certeza negativa podemos entabular um diálogo capaz de traduzir a indeterminação do conceito em determinação, diante das situações concretas, não de forma absoluta, chegando a uma única e incontroversa resposta, mas reduzindo significativamente as

controla o mercado dominado pelo capital.

Deste modo, faz necessário a proteção do trabalhador, que é essencial ao desenvolvimento da atividade econômica, porém, não é valorizado no mercado por existir grande oferta. Evidente que um campo que possui mais mão-de-obra em oferta e poucos dominadores de mercado, será valorizado o capital e não o trabalhador. Sem esquecer a busca incessante pelo lucro que gera abusividade de mercado.

Fato esse que necessita da intervenção do Estado para garantir a existência digna, essa é a principal finalidade da ordem econômica e existe, de acordo com o regulado pela Constituição, quando o objetivo da justiça social é alcançado. Mesmo que cabe à livre-iniciativa o papel preponderante no exercício da atividade econômica, cabe ao Estado a defesa da livre-iniciativa de modo a evitar abusos no exercício desse direito.

A atuação do Estado deverá seguir os preceitos Constitucionais principiológicos de modo a evitar que alguns grupos possam se apropriar de forma desordenada ou inadequada do campo econômico, ou até mesmo prejudicar a atividade econômica e o interesse público mediante atos nocivos ou abusivos.

2.7 Função social e Intervenção do Estado

O agente em exercício da atividade econômica cumpre função social, como já relatado, apesar da iniciativa privada ser atraída pela expectativa de lucro diante do direito de liberdade econômica, tal liberdade não é absoluta por existir parâmetros a serem seguidos por norma constitucional e infraconstitucional. Ambas as normas caminha em prol da proteção e bem-estar da coletividade, conforme redaciona o parágrafo único do art. 1º da Lei 12.529/2011, e as empresas tem função social em virtude de mandamento constitucional.

Ao estabelecer função social empresarial usa a premissa de uma construção apartir de uma responsabilidade social de atuação no campo do mercado econômico como um dos *players* que sabe e identifica as regras do jogo. Quando se fala em jogo,

opções postas diante do aplicador da regra constitucional. E entre a zona de certeza negativa e a positiva podemos encontrar também uma zona de incerteza, que nos conduz forçosamente a uma margem de apreciação” (Direito Econômico e Vagueza: o uso de conceitos jurídicos indeterminados).

é de observar o campo concorrencial que vários fatores são determinantes para o bom desempenho de mercado dentre eles os recursos empregados.

Assim bem, a função social da empresa está no desempenho do agente econômico (*player*) que utiliza da estratégia de alcançar o lucro dentro de estabelecer como prioridade a sustentabilidade como atributo de interesse geral da sociedade. A empresa e a atividade empresarial existem em interação com a sociedade em geral, e os seus interesses legítimos não excluem o dever jurídico de coordenação e harmonização com os interesses gerais da sociedade onde se situam, havendo, inclusive, convergência de interesses em articulação.

Nesse campo de interesses o Estado é um dos jogadores que atua em forma de agente monopolista, como agente concorrencial, como agente normativo e regulador das relações econômicas. O Estado realiza atividade econômica tanto para suprir as suas necessidades de existência, quanto para o cumprimento da sua própria finalidade de satisfação das necessidades do seu povo.

Toda a estrutura estatal serve substancialmente, política-econômica-juridicamente, para a sua atuação em uma das atividades sociais de maior relevo, qual seja: a atividade de satisfação de necessidades, portanto, econômica. Apesar de existir críticas sobre o papel exercido em forma de monopólio o Estado o faz legalmente impedindo agentes privados de adentrarem, atuarem e concorrerem em determinados setores.

Como agente monopolista o Estado resguarda algumas atividades econômicas que são por ele exclusivamente realizadas. A fundamentação está prevista no art. 173 e 177 da Constituição Federal que ampara no artigo 173 com base nas forças de imperativo de segurança nacional e relevante interesse coletivo, enquanto que o art. 177 normatiza os monopólios da União.

Destarte, o Estado como agente concorrencial faz atuação de mercado econômico de forma direta ou participação por meio de exercício de empresas públicas; sociedades de economia mista; prestação de serviços públicos; concessão e permissão de serviço público; Parcerias Público-Privado (PPP) e monopólios da União.

Quanto a atuação de intervenção indireta, o Estado atua como agente normativo e regulador das relações econômicas. Sendo por meio de Agências

reguladoras independentes; agências executivas; contribuição de intervenção no domínio econômico; incentivos ao turismo; incentivos à setores da economia; intervenção na propriedade; política agrícola e fundiária e da reforma agrária, entre outras atuações.

A expressão atuação do Estado como uma maneira geral de se referir a todas as formas pelas quais o Estado pode desenvolver alguma maneira de participação ou de pelo menos influenciar a atividade econômica. O Estado atua quando participa desenvolvendo diretamente atividade econômica de sua titularidade ou intervém na de titularidade privada e também quando intervém indiretamente na prática de atividade econômica de titularidade privada.

Assim, o termo intervenção, com rigor, deveria ser utilizado apenas quando o Estado regula determinado mercado, sem atuar ou participar diretamente de atividade econômica de sua titularidade. O Estado pode ao mesmo tempo atuar e intervir numa mesma atividade. É o que acontece, por exemplo, quando explora diretamente atividades resguardadas como monopólios de exploração estatal. Nesse caso, o próprio Estado também regula de forma indireta a sua atuação, por intermédio de intervenção.

A proteção da concorrência na ordem econômica brasileira, assim como os demais princípios expostos no art. 170 da Constituição Federal, visa a garantia da existência digna a todos, o que comporta uma análise sistêmica conjunta dos princípios da função social da propriedade e da livre iniciativa, associados à defesa do consumidor, todos atos normativos é forma de atuação do Estado nas relações econômico-social.

Assim, a atuação do Estado consisti em uma forma genérica para se referir a qualquer tipo de participação do Estado no domínio econômico, seja prestando serviços públicos, ou constituindo empresas estatais para explorar diretamente a atividade econômica ou também para regular de forma indireta o desenvolvimento de quaisquer atividades econômicas (por exemplo, com a criação de uma agência reguladora independente).

3 OS ACORDOS DE LENIÊNCIA APLICADOS PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE.

Diante dos registros históricos identificou-se a necessidade de intervenção do Estado para existência de uma Ordem Econômica no Brasil, assim, como instrumento jurídico-econômico, o Programa de Leniência é ofertado pelo Conselho Administrativo de Defesa às empresas e/ou indivíduos que participem, ou tenham participado, de um cartel ou outra prática anticoncorrencial.

3.1 O mercado econômico concorrencial

Ao falar de agentes econômicos refere a todas as pessoas, empresas e setores públicos que de alguma forma realizam transações comerciais (compra e venda de mercadorias e serviços). As transações comerciais existem porque, inicialmente, temos necessidade de consumir algo ou de sermos atendidos por algum prestador de serviços.

O homem possui necessidades ilimitadas, seja as chamadas necessidades básicas ou até mesmo consideradas luxúrias, são alvo de relação de circulação de riquezas e transferências de bens econômicos. Igualmente, os agentes econômicos são todos os indivíduos-famílias, empresas e órgãos públicos que participam de um mercado e possuem uma relação de troca de bens ou serviços.

A necessidade é a força que movimenta os agentes econômicos. As necessidades geram as transações de compra de bens e serviços, o que movimenta a economia, são essenciais para sobrevivência humana e fundamental para o desenvolvimento da humanidade. Assim, a economia de mercado está fincada em uma busca por equilíbrio entre oferta e demanda, resultante de melhor alocação dos recursos em que abrange a identificação das necessidades humanas (relação de consumo) e a disponibilidade de recursos.

Os recursos são limitados por natureza, necessitando assim, que os indivíduos e “a sociedade precisa gerenciar bem seus recursos, principalmente se considerarmos que estes, de maneira geral são escassos”(MENDES, et al, 2015, p.19).

Deste modo, o mercado será um campo de reação a compra e venda de produtos/serviços para satisfação dessas necessidades com atuação por agentes econômicos que irão concorrer entre si, “uma queda de braço cria uma força chamada Lei da Oferta e Lei da Procura”(SILVA, MARTINELLI, 2012, p.41), o que justifica o acesso e o preço do produto.

Como apontado pela antiguidade grega, o mercado apresentava uma tímida regulamentação dos monopólios que por sua vez gerava para os governantes, receitas consideráveis, de um mercado manipulado e anticoncorrencial. Já na antiguidade romana havia uma preocupação de impedir o monopólio e as práticas anticoncorrenciais com “repressão ao abuso do poder econômico, evitando com que a população restasse prejudicada pela manipulação de mercado” (FORGIONI, 2015, p. 40-41).

Deste modo, o governo quando cria monopólios, cria medidas protetoras a esse mesmo monopólio, impedindo a dimensão da concorrência no mercado e o privilégio de grupos (Hayek, 1983, p. 201-202). Como concorda Lucena (2011, p. 177-179) ao citar que: “a negação da ajuda dos governos aos monopólios e o incentivo à concorrência expressa pelas forças do mercado são condições fundamentais para a implantação da ordem na sociedade”. em que complementa em dizer que o conceito de equilíbrio se diferencia do conceito de ordem, pois, ordem é algo maior que o equilíbrio necessitando a ordem de ser capaz de promover com eficiência as condições necessárias das atividades

Percebe que na moderna economia de mercado não é simples atingir o equilíbrio esperado, o campo é um ambiente amplo e revestido de regras jurídicas com proteções no intuito de alcançar o bem-estar social, porém, não visa apenas atender a expectativa de lucros, mas visa um resultado de crescimento constante para todos os indivíduos da sociedade.

O mercado, conforme conceituado por Eros Grau (2010, p.33) “é uma instituição jurídica constituída pelo *direito positivo*, o *direito posto* pelo Estado

moderno”. É um produto de criação histórica da humanidade em um ponto de vista como instituição social que inicialmente calhava nos interesses de alguns e como instituição política procurava regular uma proteção de monopólio, mantendo uma estrutura de poder e dominação dos mercados.

Em disputa por dominação, o mercado não é caracterizado uma instituição espontânea¹⁶ mas instituído com normas que visam limitar, corrigir, incentivar, abastecer as necessidades humanas. Para o alcance do equilíbrio econômico existe a necessidade de proteger as expectativas de lucros, a sociedade em um todo e o próprio agente de mercado na sua liberdade de concorrência e livre iniciativa que prosperam no mercado econômico.

Na perspectiva de lucro pelos agentes econômicos em um campo de disputas demonstra que há um dinamismo de mercado “movido por interesses egoísticos” (GRAU, 2010, p.28), privados, em busca do maior lucro possível, típica característica de reação capitalista. Um mercado diligente construído na história com de forças dominantes, movendo as normas e o favorecimento de uma dinâmica específica com acumulação de bens e riquezas pelos dominantes caberá ao agente Estado realizar a proteção normativa na redução de riscos tanto para os indivíduos quanto para as empresas.

André Ramos Tavares (2011, p. 256) acentua que a livre concorrência é um dos fundamentos de qualquer sistema capitalista. Mesmo a atuação do Estado, em sua intervenção direta na economia, deve ser vista como excepcional. Carlos Barbieri Filho (1984, p. 119) assim define: “Concorrência é disputar, em condições de igualdade, cada espaço com objetivos lícitos e compatíveis com as aspirações nacionais. Consiste, no setor econômico, na disputa entre todas as empresas para conseguir maior e melhor espaço no mercado.”

Ainda, André Ramos Tavares (2011, p. 256) define a livre concorrência como a abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando o êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social. Como tratado no capítulo 1, sobre a

¹⁶ Natalino Irtti(1998) citado por Eros Grau (2010, p. 28) – “o mercado não é uma instituição espontânea, natural - não é um *locus naturalis* - mas uma instituição que nasce graças a determinadas reformas institucionais, operando com fundamento em normas jurídicas que o regulam, o limitam, o conformam; é um *locus artificialis*”.

obrigação constitucional do Estado de garantir a dignidade da pessoa humana e promover a redução das desigualdades socioeconômica da população, a:

concorrência é, nesse sentido, um dos pilares da política de promoção da ordem econômica, ensejando a dinâmica de concretização de sua finalidade constitucional. Por isso, visa a salvaguarda não simplesmente do capitalismo e da fruição do direito subjetivo de propriedade, como seria no viés liberal, mas também do direito objetivo à dignidade da pessoa humana, através das três dimensões dos Direitos Humanos: a liberdade, a igualdade e a fraternidade. (CAVALCANTI, 2015, p. 22-23)

A concorrência é própria da natureza mercantil da sociedade burguesa, é um processo de luta de todos contra todos em busca de uma fatia maior de lucro ou de mais-valia. Ao contrário do caráter harmônico e do estado de calma da noção de equilíbrio, a concorrência é um processo turbulento e conflituoso, uma verdadeira guerra de todos contra todos, no qual cada um, ao buscar a realização de seu interesse, não garante o sucesso de sua reprodução como proprietário privado. A concorrência se dá entre capitalistas do mesmo ramo e entre estes contra os capitalistas de outros ramos de produção, por isso Marx afirmava que a concorrência é um processo de luta generalizada. (POLI, 2015, número 42 – julho 2019).

É um mercado concorrencial dominado principalmente por particulares com intervenção estatal que visa a proteção da propriedade, função social da propriedade, segurança jurídica e proteção aos contratos, proteção do consumidor e a ordem econômica. O direito da livre concorrência e da livre iniciativa é regido pela liberdade de atuação “sem as quais inovação, investimento, circulação da riqueza, eficiência econômica e competitividade não se firmam”(SANCHES, 2018, p. 6).

Conforme traz Jacques Généreux (2003, p. 9-27) “vivemos em um mundo que nos dá medo. Desemprego, pobreza, guerra econômica mundial, incapacidade e resignação dos políticos”. Temeremos o advento de uma sociedade dominada por uma guerra impiedosa para vencer “o melhor”, “o mais competitivo”, e complementa ainda, sobre os “danos da concorrência selvagem e da omissão dos governanos ante os deveres fundamentais que a própria teoria econômica atribui ao Estado”.

Deste modo, o Estado terá um dever de atuação sobre o mercado econômico – agente intervencionista, fazendo um papel pacificador de conflitos mantendo a ordem econômico-social normatizando e atuando na prevenção de atos que caracterizem práticas anticoncorrenciais e punindo os agentes infratores, tanto

peças físicas quanto peças jurídicas envolvidas. Tal atuação normativa possui base no Princípio Constitucional conforme prevê o art. 170:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV – Livre concorrência;

Assim, a norma infraconstitucional regida pela Lei de Defesa da Concorrência de nº 12.529/2011 no art. 36 apresenta um rol exemplificativo os ilícitos passíveis de penalidades, que são: “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos”, detalhando que será caracterizado mesmo que os efeitos não sejam alcançados.

O legislador buscou cercear as alegações de desconhecimento pelo agente empresarial, apresentando que os abusos serão caracterizados ilícitos quando: “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”.

Por este modo, percebe que há uma proteção não do agente econômico egocêntrico na busca incessante do lucro, mas de todos os agentes de mercado (Pessoas físicas e Jurídicas, Estado e sociedade) em respeito mútuo de atuação com proteção contributiva para o exercício da livre iniciativa e da livre concorrência. Evidente que a livre iniciativa traz uma liberdade de atuação para o agente, o que é plenamente debatido a intervenção do Estado no mercado concorrencial.

Ramos (2015, p. 131) depõe que a intervenção do Estado na liberdade de iniciativa e na livre concorrência, cerceia o interesse do agente trazendo impedimentos e desincentivos ao investidor de mercado. Sabe que o agente deseja uma liberdade para efetivar a concorrência, não só para maximizar os lucros como também para conquistar o mercado que conseqüentemente trará uma dominação.

A intenção de ativar uma maior liberdade ao agente econômico está entrelaçado a uma conquista maior de consumidores e dominação, demonstrando eficiência e qualidade nos produtos, ressaltando a necessidade de atuação do Estado protecionista somente quando ocasionasse danos aos consumidores e a sociedade

(RAMOS, p. 132). Em debate, essa liberdade é protegida pela Lei nº 12.529/11 e aplicada pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência preventivamente, não somente após a ocorrência do ilícito econômico, papel de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (esfera administrativa).

Tanto é uma liberdade protegida e delimitada, que o §1º do art. 36 da Lei já citada traz que: “§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo”, demonstrando que há uma preocupação do legislador em proteger os agentes que buscam naturalmente atender a demanda com eficiência de mercado.

O tratamento de isonômico entre os agentes deve ser obedecido pelo Estado, com aqueles agentes que exercem a mesma atividade econômica, e é vedado a diferenciação, como é proibido discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços. Tão logo, são alguns das condutas passíveis de ser caracterizado infração da ordem econômica com aplicações de sanções punitivas pela Administração Pública e pelo Poder Judiciário.

Nessa esfera de normatizar, por si só não basta, faz necessário punir os agentes transgressores da regulação econômica, que perfaz o ato punitivo com respingos negativos na sociedade por um todo. Deste modo, como uma viabilidade de sustentação do mercado econômico, pensando em dar “clemência”¹⁷ aos agentes econômicos que cometeram algum tipo de abuso ao mercado econômico caracterizado ilícito contra a ordem econômica poderá ser ofertado o acordo de leniência.

3.2 Conselho administrativo de Defesa Econômica.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE é uma autarquia em regime especial com jurisdição em todo o território nacional, guardião da Lei de

¹⁷ Clemência – previsão na norma de Portugal – Programa de clemência introduz em Portugal um regime especial de dispensa ou redução de coima em processos levados a cabo pela Autoridade, ao abrigo do art. 9.º da Lei da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio) e do art. 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Defesa da Concorrência com toda estrutura composta na Lei 12.529/2011, sendo o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é um conjunto de órgãos e procedimentos que devem ser observados na aplicação de qualquer punição dada aos atos que porventura sejam praticados contra a concorrência.

Esse Sistema está previsto no art. 4º e 5º da Lei de Defesa da Concorrência que conceitua o CADE como uma “entidade judicante com jurisdição em todo território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal”. Foi criado pela Lei nº 4.137/62, então como um órgão do Ministério da Justiça.

Naquela época, competia ao CADE a fiscalização da gestão econômica e do regime de contabilidade das empresas. Apenas em junho de 1994, o órgão foi transformado em autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, pela Lei nº 8.884/1994. Essa Lei definia as atribuições da Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça, da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, do Ministério da Fazenda, além do CADE. Esses três órgãos formavam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e eram encarregados da política de defesa da livre concorrência no Brasil.

Nessa estrutura, o CADE era responsável por julgar os processos administrativos relativos a condutas anticompetitivas e apreciar os atos de concentração (fusão, incorporação, aquisição, etc.) submetidos à sua aprovação, continua sendo de sua competência. Quanto aos processos, eram instruídos pela SDE e pela Seae que emitiam pareceres técnicos não vinculativos e julgados posteriormente pelo CADE.

Em maio de 2012, com a entrada em vigor da nova Lei de Defesa da Concorrência - Lei nº 12.529/2011, o SBDC foi reestruturado e a política de defesa da concorrência no Brasil teve significativas mudanças. O Cade passou a ser responsável por instruir os processos administrativos de apuração de infrações à ordem econômica, assim como os processos de análise de atos de concentração, competências que eram antes da SDE e da Seae.

A Lei de Defesa da Concorrência é de 2011, entrando em vigência em 2012,

com oito anos de vigência, porém, com necessidades de mudanças porque o mercado econômico sofre transformações constantes conforme as demandas de mercado e o comportamento dos agentes econômicos. Importante ressaltar as mudanças e impactos que o mercado interno sofre diante das mutações diárias por influências de ações internas e externa de mercado.

A finalidade da referida lei decorre da estruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a prevenção e a repressão às infrações da ordem econômica, enumerando a liberdade de iniciativa, a liberdade de concorrência, a função social da propriedade, a defesa dos consumidores e a repressão ao abuso do poder econômico. Assim, no desempenho das suas funções o Cade e a Secretaria de Acompanhamento Econômico são componentes do sistema de Defesa da concorrência com atribuições preventivas, normativas e repressivas incluindo possibilidade de identificar e aplicar sanções.

O Cade em 2012 ganhou uma nova estrutura, sendo constituído pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos. A SDE foi extinta e a Seae deixou de atuar na instrução processual e passou a ter a função de promover a advocacia da concorrência perante órgãos do governo e a sociedade.

À Superintendência-Geral cabe desempenhar no novo sistema grande parte das funções que eram realizadas pela SDE e pela Seae, como a investigação e a instrução de processos de repressão ao abuso do poder econômico e a análise dos atos de concentração.

Ao Departamento de Estudos Econômicos, por sua vez, cabe a tarefa de aprimorar as análises econômicas e fornecer maior segurança sobre os efeitos das decisões do Cade no mercado. A principal mudança introduzida pela Lei 12.529/2011 consistiu na exigência de submissão prévia ao Cade de fusões e aquisições de empresas que possam ter efeitos anticompetitivos.

Anteriormente a 2012, os atos de concentração podiam ser comunicadas ao Cade depois de serem consumadas, o que fazia do Brasil um dos únicos países do mundo a adotar um controle de estruturas *a posteriori*. Contudo, passou a ser adotado uma fase preventiva de aprovação, uma análise prévia trouxe mais segurança jurídica às empresas e maior agilidade à análise dos atos de concentração, sendo que o Cade

passou a analisar os atos de concentração com possibilidade de aprovar, aprovar com ressalvas e negar.

Outa inovação foia a alteração do valor mínimo das multas a serem aplicadas às empresas nos casos de condutas anticompetitivas. Deste modo, as multas aplicáveis por infração à ordem econômica variam entre 0,1% e 20% do faturamento da empresa no ramo de atividade em que ocorreu a infração. É importante destacar que a referida multa nunca poderá ser inferior ao proveito econômico obtido pelo Agente com o ato da infração, a multa deverá ser aplicada após análise da proporcionalidade da participação de cada agente¹⁸ e do proveito obtido com o ilícito.

A nova sistemática aumentou a capacidade do Conselho Administrativo de estabelecer, a partir de critérios claros, penalidades adequadas e proporcionais para a efetivação da política de combate a condutas anticompetitivas. Vale ressaltar que, apesar de ser uma autarquia em regime especial, o Cade não é uma agência reguladora da concorrência, e sim uma autoridade de defesa da concorrência – um efetivo tribunal.

Sua responsabilidade é julgar e punir administrativamente, em instância única, pessoas físicas e jurídicas que pratiquem infrações à ordem econômica, não havendo recurso para outro órgão. Fato que, a decisão administrativa do Tribunal do Cade não afasta o Poder judiciário de uma apreciação.

Além disso, o Conselho também analisa atos de concentração, de modo a minimizar possíveis efeitos negativos no ambiente concorrencial de determinado mercado – atos de concentração. Não estão entre as atribuições da autarquia regular preços e analisar os aspectos criminais das condutas que investiga, isso cabe a esfera competente sem excluir a possibilidade de compartilhamento de provas para o processo administrativo econômico. Suas competências também não se confundem, por exemplo, com as de órgãos e entidades de defesa do consumidor ou dos trabalhadores.

Entretanto, ao cumprir a sua missão institucional de zelar pela manutenção de um ambiente competitivo saudável, prevenindo ou reprimindo atos contrários, ainda que potencialmente, à ordem econômica, com observância do devido processo legal em seus aspectos material e formal, o Conselho dialoga com outras políticas públicas,

¹⁸ tanto Pessoa Física quanto Pessoa Jurídica.

articulando sua atuação com diversas instituições ligadas, direta ou indiretamente, à defesa da livre concorrência e dos direitos do consumidor.

O Cade tem um portal de transparências com banco de dados aberto a qualquer usuário e hospedado no Portal da Transparência que consolida a relação das empresas que sofreram qualquer das punições previstas na Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). O CNEP também registra os acordos de leniência firmados pelas empresas com o poder público, inclusive aqueles que eventualmente sejam descumpridos. Contudo, tudo é apresentado diretamente à coletividade titular dos direitos tutelados e resguardados na Lei de Defesa da Concorrência.

3.3 A institucionalização jurídico-constitucional da regulação e intervenção no domínio econômico.

A liberdade econômica, não há de negar, é o acelerador de desenvolvimento econômico que parte do princípio da escolha individual em que as pessoas têm que fazer porque os recursos são limitados e existe a escassez. O indivíduo em suas escolhas, parte da premissa, que é obrigado a desistir de um bem para adquirir outro dentro da análise do custo da oportunidade.

Deste modo, se desenvolve o mercado por meio de escolhas para satisfação das necessidades dentro de uma análise de melhor alocar os recursos para uma maior satisfação dos desejos. Tal liberdade é difundida e debatida sob a ótica que o homem é um ser que caminha em busca de vangens gerando conflitos constantemente pela ausência de limites. Assim, a liberdade não é absoluta, pois, há necessidade de limites colocados pelos Estado para coibir abusos e proteção das relações que possuam pessoas hipossuficientes.

O Estado atuará com intervenção no domínio econômico na busca de equilíbrio, normatizando, regulando e protegendo os indivíduos tanto nos seus interesses como ideia central de proteção à todos - coletividade. Por sua vez, realiza incentivos e subsídios na Economia e no Direito normatiza para forçar o agente econômico a fazer ou deixar de fazer ações que possibilitem a realizar uma harmonia no mercado e cumprimento de políticas públicas de desenvolvimento.

os agentes respondem a incentivos financeiros como: desconto/abatimentos

de impostos, redução de tributação, isenção fiscal, cumprimento de obrigações colocadas por norma p via entre outros. Existe o incentivo moral que impulsiona o agente a manter em um estado de coopera o com as a oes de ordem, como o *compliance* em agir em sintonia com as regras, incentivo que lhe dar  credibilidade, prazer, satisfa o e utilidade. Logo que, as decis es e comportamentos dos agentes econ micos s o um verdadeiro resultado da an lise de oportunidades de mercado.

Todavia, cumprir os preceitos constitucionais de amparo social por meio de pol ticas que envolva o mercado econ mico   poss vel pela institucionaliza o do sistema com o fim de alca ar o bem-estar social. Veja, quando por meio de uma estrutura da Seguridade Social na Previd ncia Social o Estado insitui e cria a possibilidade de reabilitar o individuo para o mercado de trabalho est  constitucionalizando a dignidade da pessoa humana e possibilitando o mercado no seu desenvolvimento econ mico com menos uma m o-de-obra ociosa, sem falar na redua o de despesa do Estado de arcar com mais um benef cio social.

Incentivos s o cerne da economia, conflitos e oportunidades, fazem o movimento pela busca por melhor posi o e deve ser incentivado pelo Estado dentro de uma rela o institucional jur dico-constitucional da regula o para que alcance o amparo da dignidade da pessoa humana oportunizando   todos¹⁹ recursos para satisfa o das necessidades. Isso traz a oportunidade de utilizar o direito do na finalidade do que deveria ser para alca ar o estado do que   a possibilidade de integra o e redu o das desigualdades sociais.

Igualdade de tratamento, dentro da medida, se faz pelo princ pio da isonomia em que o Estado n o poder  dar tratamento diferenciado aos agentes iguais de atua o em um mesmo setor da economia, podendo utilizar da norma e do fomento para amenizar as desiguais no caso da “posi o das micro e pequenas empresas em face das Conven es Coletivas de Trabalho, e sua rela o com o desenvolvimento econ mico empresarial e social brasileiro”(2017, p. 210).

Lorencini e Tayano(2017, p. 210) demonstram que tal interven o ser  excepcional e realziada ap s an lise da necessidade de atua o do Estado em que:

Para tanto, primeiramente investiga-se a situa o das micro e pequenas empresas dentro da organiza o do mercado de trabalho

¹⁹ “  todos”, termo da Constitui o Federal que n o autoriza nenhuma distin o entre as pessoas.

nacional. Em seguida, coteja-se a intervenção do Estado nas relações econômicas trabalhistas, para por fim, concluir pela necessidade de uma normatização estatal em prol de condições especiais para as micro e pequenas empresas no que diz respeito às Convenções Coletivas de Trabalho.

Resta estabelecido para as micro e pequenas empresas proteção por identificá-las em uma relação de desigualdade no campo da competição econômica de mercado, como assim, faz o estado para todos os setores e agentes que identifica uma relação de hipossuficiência em algum ponto. Certo que o papel do Estado será tratar todos com isonomia dentro das suas igualdades e proteger normativamente dentro das desigualdades, fazendo a intervenção que for necessária para alcançar o equilíbrio nas relações.

3.4 Consequências da ação punitiva ao abuso no mercado econômico

A lei 12.529/11, nos arts. 36 e 37 traz um rol de ações que caracterizam ilícitos contra a ordem Econômica e constituem infração:

independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

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

Percebe que é um rol apenas exemplificativo devendo o julgador apreciar o

caso concreto e decidir de forma a identificar consequências ao mercado econômico. Como também, faz parte do rol, atos que podem caracterizar infração à ordem econômica sob qualquer forma o de acordar, combinar, manipular ou ajustar preços de bens ou serviços ofertados individualmente com concorrente, identifica que há uma consequência negativa para o consumidor que ficará refém desses atos e da dominação desses mercados.

Além dos consumidores, restaram impactados os concorrentes que não terão a liberdade de dinamizar o mercado, com restrita atuação na compra e venda de seus produtos, não poderão comercializar uma quantidade e uma qualidade desejada aos seus clientes refletindo na dinâmica de mudanças de mercado para atender as necessidades implementadas pela mutação.

O fato de criar barreiras de entrada ao mercado é outro ato ilícito, pois limita ou impede o acesso de novas empresas fazendo com que as ofertas fiquem restritas e os agentes impedidos da livre iniciativa. Qualquer ato que venha criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços e também, impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição serão caracterizados abusos contra o mercado econômico passíveis de punição.

Luiz Alberto e Vidal Serrano (2001, p. 375) Serrano lembram que enquanto princípio da ordem econômica e financeira, a livre concorrência tem por objetivo impedir a formação do monopólio do mercado, na medida em que o preceito constitucional abomina formas de dominação do mercado, como cartéis, trustes e monopólios em geral. Conclui que há conceitos verdadeiramente antitéticos: monopólio e livre concorrência.

A Constituição Federal a isso atenta, em seu art. 173, § 4º, determina que o Estado estabeleça em lei punições às práticas que distorcem a situação de livre concorrência, estatuinto, a respeito de condutas da iniciativa privada, que “ a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”.

A organização e o combate feito pelo Cade e órgãos interrelacionados cumprindo as atribuições para manutenção da Ordem Econômica traduz que a

concorrência empresarial não é um valor-fim, mas um valor-meio, a ser seguida na tutela do direito econômico. Então, aqueles que praticam atos anticoncorrencial incorre em sanções previstas igualmente na Lei de Defesa da Concorrência.

Contudo, litigância e o resultado de uma condenação gera um fim indesejado para o agente econômico e para o mercado econômico, cabendo analisar alguns pontos racionalmente como: o objeto, a razão de ordem e a finalidade da litigância; pela via do acordo ou do julgamento trará o melhor resultado para reestruturação do mercado; análise de critérios; os custos do processo e da condenação; a viabilidade de utilização de processos alternativos de resolução de conflitos, fazendo uma análise econômica e por fim, o resultado para a economia em um pensamento de desenvolvimento econômico equilibrado.

Fato é, a Lei prevê condenações com sanções aos agentes infratores (Arts. 37 e 38, da Lei 12.529/2011), atribuindo-lhes penas que refletem não só para o agente infrator como para todo o mercado econômico atingindo a coletividade. Observa que nos casos de atribuição – a Lei prevê que pode variar de 0,1% a 20% do faturamento bruto da empresa, significa uma retirada de capital da empresa que reflete na redução de gastos operacionais. Em primeiro ponto observa que a empresa parte para reduzir a folha de pagamento para reposição desse capital despendido para pagamento da multa, gerando conseqüentemente demissões no quadro de funcionários.

Reduzindo as oportunidades de emprego, reduz a renda e a oportunidade de circulação de riquezas causando com a multa aplicada, mesmo que indiretamente, conseqüências indesejáveis ao mercado econômico. Ainda, com a redução no quadro de funcionários reduz as arrecadações previdenciárias, conseqüentemente reduz as arrecadações aos cofres públicos.

Tão mais, a empresa ao ser condenada deverá colocar um comunicado em jornal de grande circulação e meios de comunicação a informação da referida condenação para que dê publicidade, não que a penalidade seja injusta, mas parte para a análise das conseqüências em todo o mercado econômico e para a sociedade. Evidente, ao ter o nome inscrito no rol não terá investidores interessados, ficará restrita a contratar com a administração pública, terá subsídios e incentivos suspensos, ficará sem a possibilidade de participar no campo concorrencial de licitações e, claro, sofrerá no mercado concorrencial abertos retaliações nas negociações porque fornecedores

não sentirão seguros em realizar negociações.

Com esses e outros efeitos, o agente infrator ao sofrer uma condenação perderá sua credibilidade do mercado, fará dispensa de funcionários, reduzirá as suas arrecadações fiscais, não irá investir no desenvolvimento do setor que atua, não terá isonomia para concorrer no setor que atua, passando por restrições de recursos que seriam necessários para continuar as atividades.

O analista e julgador deve compreender e ter a capacidade de avaliar melhor os detalhes de cada caso concreto, identificando não só as penas a serem aplicadas como os reflexos sociais que delas irão surgir. Fazer justiça em prol de combater os atos anticoncorrenciais não pode gerar novas consequências indesejáveis à coletividade, vez que, os reflexos negativos começam no momento dos ilícitos.

Sabidamente tem que “só se pode falar de justiça no sentido de complexidade adequada das tomadas de decisões consistentes. O adequado da complexidade resulta da relação do sistema jurídico com o ambiente social” (SANTOS NETO, 2010, p. 217). Possibilitando uma análise melhor, caso a caso, na proporcionalidade de participação, na aplicação das sanções para que não venha reicidir contra o direito tutelado da coletividade – o bem-estar social.

3.5 O surgimento do acordo de leniência e o interesse social

Após identificar as possibilidades de resultados negativos com aplicações de sanções ao agente infratores, cabe apreciar a oportunidade de reestruturação do mercado econômico por meio de benesses ao agente, mas principalmente ao interesse social de aplicar sanções com resultados positivos à coletividade. Por isso, o Acordo de Leniência é uma via de mão-dupla – um ganha-ganha.

O programa não tem origem no Brasil, surgiu como formulação de políticas públicas nos Estados Unidos. Assim, o acordo de leniência têm origem nos EUA (1978 - *U.S. Corporate Leniency Program*) e são consideradas aplicações sociais da teoria dos jogos, especificamente da situação conhecida como dilema do prisioneiro.

A compreensão exata do instituto da leniência é um requisito para adequada aplicação evitando distorções da finalidade instituída. Passa a uma abordagem breve, conceitua que “o Acordo de Leniência é a confissão do acusado jungida com

a colaboração com os órgãos investigatórios para a identificação dos demais participantes do ilícito e elucidação dos fatos e, por isso, recebe benefícios pela sua contribuição” (SALES, BANNWART JÚNIOR, 2015, p. 31).

Não obstante de ser aplicado em vários países, o Acordo de Leniência, surgiu em 1978, pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América como instrumento de repressão as ações dos *truste's* de mercado, “sua finalidade era repreender atos ilícitos anticoncorrenciais, máxime os cartéis, que eram difíceis de investiga”(NONATO, 2018, p. 23).

Diante das distorções e lacunas na aplicação do acordo de leniência, o instituto foi reformulado em 1993, ocorrendo “uma mudança radical no programa e em sua segunda edição a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos EUA logrou muito mais êxito tendo em vista que com a referida reforma o acordo se tornou muito mais fácil de acessar e também mais vantajoso”(SOLON, ZATZ, 2012).

No Século XIX, a Lei de Sherman confirmou a repressão aos abusos contra ordem econômica com a intervenção do Estado na liberdade econômica defendida até então, passando a uma regulação da competição entre empresas e diversas atividades comerciais. Essa lei tinha como um dos principais pontos evitar a formação de monopólios e assim garantir a manutenção do livre mercado.

Inicialmente a aplicação da leniência nos casos de ilícitos econômicos buscava beneficiar os infratores condicionando a delação de existência de ilícitos e os autores, coibindo assim a existência dos ilícitos e buscando identificar de forma célere os infratores para aplicação das sanções como combate as ações maléficas ao mercado econômico. A intenção era de realizar uma troca, o agente infrator ficaria beneficiado pela absolvição e o Estado angaria com rapidez o combate aos danos do mercado.

A Europa inseriu o instituto da leniência no ano de 1996 amparada pelos benefícios isenção e redução da multa, mas não concedia absolvição, respondendo assim, penalmente pelos atos praticados. Posteriormente, em 2006, “a comissão europeia introduziu alterações objetivando aclarar e delinear qual a obrigação de colaboração das empresas lenientes, estabelecendo, para tanto os elementos de evidencias a serem apresentados”(SOLON, ZATZ, 2012).

Enquanto que o Brasil instituiu um capítulo na Constituição Federal (cap. VII) de 1998, em 2000 a Lei 10.149 realiza alterações e insere na Lei Econômica Brasileira naquele momento vigente (Lei 8.884/1994), contudo, em 2011 é revogada pela Lei 12.529 que mantém a normatividade do acordo de leniência em seus arts. 86 e 87.

O Combate aos ilícitos econômicos no mercado brasileiro ganha, ainda mais, força com a publicação da Lei Anticorrupção (Lei nº. 12.846/2013) que possibilita aos agentes empresariais corruptos, desde que preencham os requisitos, a participar e serem beneficiados com os termos da leniência.

Os benefícios do termo de leniência não serão concedidos a todos os acusados, passará pela observância da autoridade administrativa, análise prévia da possibilidade de cumprimento dos requisitos e pelo crivo da autoridade competente. Deverá ser apurado antes da concessão, se aplicação do instituto irá beneficiar a coletividade (Estado), caso, se existir provas suficientes de autoria e materialidade dos ilícitos por parte do Estado, o acordo de leniência não deverá ser concedido, pois, ele não pode ser aplicado somente para beneficiar o agente infrator.

No caso do Brasil, a autoridade administrativa competente é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, Secretaria de Desenvolvimento Econômico, Procuradoria Geral da União – AGU, com convênios do órgão do Ministério Público e Polícia Federal, que apreciará as possibilidades de conceder ou vedar os benefícios da leniência ao agente que invocar.

A legitimidade para o pedido da concessão poderá ser feita por pessoa física ou jurídica, que seja a primeira a prontificar em confessar a participação no ilícito(s), devendo cessar imediatamente a conduta(s) delituosa(s) com a delação dos demais envolvidos. Assim, o agente que pretende ser beneficiário dos termos da leniência deverá colaborar efetivamente com as investigações e o processo administrativo com a identificação dos demais envolvidos na infração, com a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

É importante frisar que não basta apenas confessar e delatar os demais envolvidos será necessário apresentar espontaneamente provas, essas que a Superintendência-Geral não disponha anteriormente, vez que, se o agente punitivo

possuir provas o suficiente para o inquérito e para a ação punitiva poderá negar a propositura do acordo de leniência, mesmo que o agente seja confesso.

Ressalta que os delatados não poderão ser beneficiários dos benefícios advindos do termo de leniência, em regra somente o delatante, devendo ser o primeiro a solicitar o benefício. A concessão não será automática com o preenchimento dos requisitos, dependerá da aprovação do CADE, podendo ser rejeitado e as provas serão descartadas voltando ao estado inicial.

Ponto importante, o art. 87 da Lei nº 12.529/11, traz ressalva possibilita que o agente delatado obtenha os benefícios do acordo de leniência, desde que, seja parte do grupo econômico do delatante e assine conjuntamente, nos mesmos termos, o acordo de leniência. O beneficiário além de confesso e delatante dos demais envolvidos ofertando provas das mais diversas possíveis ao agente punitivo deverá cessar a conduta delituosa e reparar integralmente o dano causado pela conduta anticompetitiva no mercado econômico.

É de ressaltar que o agente infrator que alcançar os benefícios da leniência terá a extinção da ação punitiva da Administração Pública ou a redução de 1/3 a 2/3 da penalidade aplicável possibilitando uma continuidade no mercado concorrencial sem maiores sanções econômicas e restritivas de atuação. Ofertado a integridade do nome e das atividades econômicas praticadas por esse agente possibilitará a continuidade das atividades com a possibilidade de corresponder às expectativas de lucro anteriormente previstas como ainda, manterá a integridade do nome livre de sacões e restrições as atividades econômicas desempenhadas.

Enquanto que a Lei nº 12.846/2013 surgiu por um importante avanço ao combate nos atos de corrupção no País, a Lei de Anticorrupção busca punir as pessoas jurídicas de direito privado por práticas de corrupção relacionada atos lesivos contra a administração pública nacional ou estrangeira dando-lhe, oportunamente, sanções de multas e condenações. Trata de uma responsabilização no campo civil e administrativo, com aplicação de multa no percentual previsto pela Lei de Defesa da Concorrência, qual seja, de até vinte por cento do faturamento anual do agente.

Em competência administrativa é a Controladoria-Geral da União que irá instaurar investigações, sendo na administração direta o Ministro de Estado e na administração indireta a autoridade máxima da entidade, devendo processar e julgar

administrativamente atribuindo aos infratores sanções de natureza administrativa (multa e publicação da decisão condenatória) e de natureza civil - essas dependentes da condução de uma ação civil pública.

Com a competência exclusiva no Poder Executivo Federal a CGU, autorizado conforme art. 16 da Lei de Anticorrupção, poderá realizar acordo de leniência os agentes infratores que cooperarem com as investigações para que a administração tenha em suas investigações celeridade na obtenção das provas, identificação célere dos demais envolvidos com provas, cooperação para aumento no recebimento dos ativos e comprometimento ético - *compliance* empresarial com mudanças nas condutas de relação entre o privado e público.

O próprio mercado, na busca pelo equilíbrio, busca selecionar o agentes que estará em conformidade com a lei (*compliance*) visando manter a estabilidade nos negócios empresariais e garantia de melhores práticas de mercado. O agente empresarial que adota um programa de *compliance* trabalhará com a cultura corporativa de fazer a coisa certa (SANCHES, 2018, p. 59), sendo o “comprometimento, a seriedade e a efetiva intenção de conduzir nos negócios de forma ética são as bases de sustentação de um programa de *compliance* bem sucedido” (SANCHES, 2018, p. 59.).

A adoção de um programa de *compliance* é importante porque abrange a proteção da livre concorrência tanto por meio de aspectos imediatos quanto mediatos, a saber:

Aspectos imediatos

- (i) garante uma atuação idônea da empresa junto a seus concorrentes;
- (ii) perpetua a vida da empresa no mercado e, dessa forma, garante os empregos de seus funcionários;
- (iii) promove a ética nos relacionamentos internos (funcionários, diretoria, terceirizados) e externos (clientes, fornecedores, comunidade).

Aspectos mediatos

- (i) mantém a livre concorrência e a liberdade de iniciativa;
- (ii) promove a economia de mercado e a competitividade da empresa;
- (iii) defende os consumidores (SANCHES, 2018, p. 60).

Deste modo, a implementação de um programa de *compliance* demonstrará um agente ético empresarial, conseqüentemente, com melhores oportunidade de negócios no mercado concorrencial. Na ausência, será item de exclusão do agente econômico nas relações comerciais, vez que, a adoção do programa trará transparência aos concorrentes e ao Estado em sua intervenção normativa.

Em relação aos agentes que buscam pelos benefícios da leniência na Lei Anticorrupção, há algumas lacunas em relação a ausência de definição clara do papel da pessoa física, não há previsão de benefícios mínimos para o colaborador, não existem benefícios penais e não se diferenciam os benefícios de acordo com o momento da leniência, assim, restando a cargo do(s) julgador(es) a delimitação da responsabilidade e das sanções.

Além do acordo de leniência a Lei Anticorrupção prevê no art. 17 para que a cooperação do infrator com o ente responsável pelo processo sancionador também possa lhe gerar benefícios em relação às sanções licitatórias, podendo posteriormente contratar com a administração pública e praticar ações éticas e corretas conforme a lei.

Todos os trabalhos voltados a manter e retomar a Ordem Econômica estão voltados a valorização constitucional dos direitos fundamentais em uma proteção maior e necessária, pois, tais direitos que não possuem um rol taxativo, ampliado na evolução que caminha a humanidade. Vejamos o que:

Houve uma forte revalorização dos direitos fundamentais, colocados logo no pórtico da Constituição, com a previsão expressa de diversos direitos até então não presentes nas constituições pretéritas e referência inequívoca à sua incidência imediata, combatendo teorias, em voga no Brasil, que reduziam a imperatividade constitucional, traduzindo a supremacia em uma falsa promessa, em um eterno compromisso, jamais cumprido (a Constituição da mentira). Aqui, a centralidade e a consubstancialidade da dignidade humana na estrutura do Estado encontram-se proclamadas solenemente, no primeiro dos Leis constitucionais. Como inovações, o direito ao meio ambiente sadio, a tutela do consumidor (com a aprovação do Código de Defesa do Consumidor), o *habeas data* (devidamente regulamentado pelo Congresso Nacional, cf. Lei n. 9.507/97), o mandado de injunção e a ampliação da ação popular, a proteção da propriedade privada submetida à necessária função social. Ademais, a Constituição de 1988 foi pródiga com os direitos sociais. Posteriormente incluídos, tem-se, ainda, o direito à moradia e o direito a uma duração razoável do processo. A insistência num elevado rol de direitos como categoria aberta (não taxativos) é mais um ponto alto da Constituição, reforçado pela EC n. 45/2004, que veio combater certo posicionamento restritivo assumido pelo STF (TAVARES, 2020, 170-171)

Deste modo, aplicação do acordo de leniência possui um interesse social, pelo seu papel relevante de proporcionar um equilíbrio de mercado, combatendo as

práticas ilícitas o quanto antes, evitando os consideráveis efeitos negativos em sentindo dominó. Resta que, quando um agente econômico é condenado por um ilícito, os seus atos já perpetraram no mercado ocasionando resultados negativos(danos) para os concorrentes e para toda a coletividade.

4 A REGULAMENTAÇÃO DOS ACORDOS NOS TERMOS DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA

O Brasil em um contexto de espírito cooperativo e com o objetivo de fortalecer o esforço nacional de enfrentamento aos abusos contra a Ordem Econômica e a corrupção no País, estabeleceu a Lei n. 12.529/2011 em Defesa da Concorrência seguindo direcionamentos anteriores e incrementando realidades do mercado econômico ao identificar mutações na dinâmica e no comportamento dos agentes de mercado.

Na Referida lei, além das sanções por ilícitos aplicados as pessoas físicas e jurídicas, possibilitou a realização de Acordo de Leniência entre Estado e agente infrator para restabelecimento da Ordem Econômica. Assim, em 2019 publicou a Lei nº 12.846, chamada lei anticorrupção que dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira possibilitando também os benefícios do Acordo de Leniência.

4.1 Regulação e Repressão ao abuso no mercado econômico.

O mercado é regido pela autonomia dos particulares realizarem produção e distribuição de riquezas, dentro de uma liberdade protegida normativamente para satisfação das necessidades humanas. Entretanto possibilita concentrações de mercados por detentores de recursos e tais concentrações geram repercussões não apenas econômicas, como também políticas e sociais.

O Estado se absteve de normatizar e regular a economia deixando na liberdade da iniciativa privada em determinar a produção para satisfação das necessidades, fato que não trouxe satisfação da demanda e oportunizou exploração exercebada dos indivíduos na oferta da mão-de-obra e a concentração de poder e dominação nas mãos de poucos.

Com isso, faz necessário a regulação e repressão as ações caracterizadas como abuso no mercado econômico, o que noticiou no Brasil na Constituição de 1946 em dizer que a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

Já na Constituição de 1967 estabeleceu que a ordem econômica tem por fim realizar a justiça social com base, entre outros princípios, na repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros.

As Constituições de 1934 e 1937, sofrem influências da Constituição Mexicana(1917) e da Constituição de Weimar (1919) em um constitucionalismo social colocando o Estado para prover Políticas Públicas. Dando aos cidadãos a garantia da livre iniciativa nas relações de mercado, com direito a propriedade não em um conceito restrito de bem/mercadoria, mas como um conceito amplo de finalidade individual de riqueza e principalmente social.

Caminhando em uma evolução em conceituar e reprimir algumas formas de abuso do poder econômico, como o domínio dos mercados nacionais ou a eliminação total ou parcial da concorrência; a elevação sem justa causa dos preços nos casos de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção; a criação de condições monopolísticas ou o exercício de especulação abusiva com o fim de promover a elevação temporária de preços; a formação de grupo econômico por agregação de empresas em detrimento da livre deliberação de compradores ou de vendedores, e o exercício de concorrência desleal.

A Lei nº 4.137 de 1962 atribuiu a um órgão criado para Defesa Econômica. o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a tarefa de dar cumprimento à repressão ao abuso do poder econômico. O Conselho é composto de sete membros, sendo um presidente e seis conselheiros, cujos nomes são aprovados pelo Senado, com mandato de quatro anos. Ao órgão cabem as atribuições de executar a Lei de Defesa da Concorrência (12.529/11), dando ao CADE a competência de decidir sobre a existência ou não de abuso do poder econômico e cominar sanções aplicáveis.

Em sintonia, a Constituição de 1988 acolheu o princípio da repressão ao

abuso do poder econômico que visa à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Em 1991, foi editada a Lei nº 8.158, de 8 de janeiro, instituindo normas para defesa de concorrência e dividindo a estrutura administrativa do CADE, com a criação de um outro órgão, a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), vinculado ao Ministério da Justiça. Esse novo órgão deveria se encarregar da apuração das medidas capazes de perturbar ou afetar o mecanismo de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa, e os princípios constitucionais da ordem econômica.

Com a Lei nº 8.884/1994 reformou evoluindo e transformando o Cade em autarquia, oportunamente normatizando sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Essa lei definiu as infrações à ordem econômica, independentemente de culpa, desde que visasse aos objetos sancionados, estabeleceu elenco avultado de condutas que seriam consideradas infrações à ordem econômica e manteve a bipartição das atribuições entre o CADE e a SNDE.

A citada Lei foi revogada em 2011 pela Lei 12.529/11 tratada como Lei de Defesa da Concorrência, avançando a autonomia do CADE e a necessidade de intervenção do Estado, em parceria com outros órgãos, para correção de assimetrias sociais e limitação dos poderes privados, com uma preocupação de tratamento isonômico e oportunidades igualitárias.

O Cade em processo administrativo exerce em última instância a função de julgar, porém, sem poder de executividade das decisões. Em caso de condenação e não havendo o cumprimento espontâneo das determinações, partirá para fase de cumprimento com solicitação do Poder Judiciário. E vale destacar que, a legislação vigente traz, como repressão às empresas criadas com a finalidade de desvirtuar o direito caberá de ofício a desconsideração da pessoa jurídica, arresto de patrimônio em nome da Pessoa Jurídica/Pessoa Física e identificação imediata dos sócios ocultos.

4.2 Finalidade do Programa de Leniência e vantagens mútuas.

O acordo de leniência toma forma de contrato por meio do qual empresa e/ou

peças físicas reportam o cometimento de infração à autoridade em troca de benefício. No Brasil, o Programa de Leniência Antitruste do Cade possibilita às empresas e/ou indivíduos que participem, ou tenham participado de alguma prática anticoncorrencial - ilícitos, que, por denunciá-la ao Cade, obtenham total isenção, ou abrandamento, das multas e penas que lhes seriam aplicáveis, através da proposição de um acordo de leniência.

Este benefício é a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável (art. 86 da Lei nº 12.529/2011, *caput*). Porém, é de extrema importância denunciar a conduta ao Cade o quanto antes, pois apenas a primeira empresa e/ou indivíduo a denunciá-la poderá celebrar acordo de leniência e ter a possibilidade de obter a total isenção ou abrandamento das sanções.

O Programa de Leniência Antitruste (Programa de Leniência) do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) é um conjunto de iniciativas com vistas a detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica; informar e orientar permanentemente as empresas e os cidadãos em geral a respeito dos direitos e garantias previstos nos arts. 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência – LDC) e nos arts. 196 a 210 do RiCade; e incentivar, orientar e assistir os proponentes à celebração de Acordo de Leniência Antitruste do Cade (Acordo de Leniência).

O Programa de Leniência permite que empresas e/ou pessoas físicas envolvidas ou que estiveram envolvidas em um cartel ou em outra prática anticoncorrencial coletiva obtenham benefícios na esfera administrativa e criminal por meio da celebração de acordo de leniência com o Cade, comprometendo a cessar a conduta ilegal, a denunciar e confessar sua participação no ilícito, bem como a cooperar com as investigações apresentando informações e documentos relevantes à investigação.

Na esfera administrativa, desde que colaborem com a investigação e o resultado desta colaboração ocasione a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação, o signatário do acordo de leniência será beneficiado com a extinção da ação punitiva da administração pública (se a Superintendência-

Geral do Cade não tiver conhecimento prévio da infração noticiada) ou a redução de um a dois terços das penas administrativas aplicáveis (se a SG/Cade já tiver conhecimento prévio da infração notificada) (art. 86, §4º da Lei nº 12.529/2011 c/c art. 208, I e II do RiCade).

Já na esfera criminal, a celebração de acordo de leniência determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência no que tange aos crimes contra a ordem econômica tipificados na Lei de Crimes Contra a Ordem Econômica (Lei nº 8.137/1990), e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993) e no art. 288 do Código Penal (associação criminosa).

Cumprido o acordo de leniência, extingue automaticamente a punibilidade dos crimes acima (art. 87 da Lei nº 12.529/2011 c/c art. 208, parágrafo único do RiCade). Com relação a esfera civil, a Lei nº 12.529/2011 não impõe ao signatário do acordo de leniência a obrigação de ressarcir eventuais consumidores lesados como uma condição *sine qua non* para a celebração do acordo de leniência.

Para poder celebrar o acordo, os interessados devem confessar e cessar sua participação no cartel, ou outra prática anticoncorrencial, denunciá-lo e colaborar em todo o processo de sua apuração, aportando informações e documentos relevantes para seu detalhamento.

Acredita que os benefícios atraem os agentes infratores para solicitar e aderir ao Programa de Leniência, tornando crescente no Brasil os casos julgados pelo Cade conforme pode depreender pelo quadro abaixo:

Processos administrativos de Acordos de Leniência julgados pelo Cade



Fonte: <https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/cade-em-numeros/cade-em-numeros>

Todavia, a lei também não exige o beneficiário da leniência de responder por danos concorrenciais em eventual ação civil pública e/ou ação privada de ressarcimento de danos movida em face do beneficiário da leniência e demais coautores.

Percebe que é, anualmente, crescente a busca e adesão ao programa de leniência, com a oportunidade de melhorar o campo de investigação e provas dos processos instaurados. Pois, o acordo de leniência não existe somente para beneficiar os agentes infratores, mas para acelerar com eficiência as investigação e o alcance de provas.

Fato que, os ilícitos são difíceis de serem identificados por ser realizados principalmente entre particulares, por meios mais diversos possíveis e não previstos normativamente. Todavia, o programa viabilizará as investigações devendo o agente suplicante pelos benefícios cooperar espontaneamente com delações e provas, indicando os meios utilizados por todos os envolvidos nas ações ilícitas,

Assim, a finalidade do programa de leniência caminha em “via de mão dupla”²⁰, em particular recebendo o infrator os benefícios do programa, mas, coletivamente, em um objetivo principal cessar a conduta delituosa rezindo seus efeitos no mercado econômico e ressarcindo os cofres públicos. Os benefícios ofertados não se trata de impunidade dos agentes infratores, no entanto, de mecanismo utilizado no combate das práticas anticoncorrenciais com economia(tempo/custos/investigações) nos custos operacionais para detecção dos ilícitos.

As condições impostas pelo Estado para que o acordo seja selado são essencialmente baseados na reestruturação de mercado e na ordem econômica, medindo a proporcionalidade do dano e seus efeitos no mercado. Merecido previsão legal da reparação integral do dano, dado as consequências necessitando de reparação e incentivos ao bloqueio de ações maléficas ao desenvolvimento econômico.

Tal fato, ficou mais evidente com a pandemia no ano de 2020/2021 e com o isolamento social, o Cade passou a contar com a fiscalização ética de mercado exercida pelos próprios agentes concorrentes entre si e recebendo denúncias com

²⁰ vantagens recíprocas entre os agentes infratores, Estado e sociedade.

ofertas de benefícios, mantendo vigilante contra os abusos em desfavor da ordem econômica.

4.2.1 Os Acordos de Leniência nos arts. 86 e 87 da Lei de Regulação Econômica nº. 12.529/2011.

A regulação do Programa de leniência está na Lei nº 12.529/2011, que trata do abuso de poder econômico e defesa da concorrência, manteve na sua estrutura após revogar a Lei 8.884/1994, nos arts. 86 e 87, a competência do Cade para analisar caso concreto e celebrar o acordo estabelecendo os termos de cumprimento.

Dois anos depois, com o advento da Lei Anticorrupção – LAC (Lei nº 12.846/2013), o Acordo de Leniência passou a ser aplicado não só às práticas anticoncorrenciais de mercado, como estendeu às atuações lesivas de pessoas jurídicas e agentes públicos contra a Administração do Estado.

A Lei de Defesa da Concorrência autoriza ser aplicado o Programa de Leniência tanto para Pessoa Jurídica quanto para Pessoa Física, conforme previsão na própria Lei. Já a Lei Anticorrupção é aplicado somente a Pessoa Jurídica que envolveu em ilícitos administrativos. Assim, na esfera econômica temos que:

o acordo de leniência instituído na Lei Antitruste de 2011 consiste em pacto firmado entre o membro do cartel ou seus dirigentes e funcionários e o Estado – por intermédio do Ministério da Justiça – no qual fica consignado que, caso o proponente traga elementos de convicção suficientes ao desmantelamento do respectivo cartel, terá ele garantia de imunidade penal e administrativa. Trata-se de um prêmio abrangente para o membro delator do cartel investigado (CARVALHOSA, 2015. p. 372).

Descreve no art. 86, da Lei de Defesa da Concorrência, em seus incisos, que para celebrar e ter os benefícios do Programa os agentes infrator terá de provocar ações que resulte em:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e
II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração

noticiada ou sob investigação;

II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração notificada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e

IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

E assim, caberá ao Tribunal Administrativo do CADE realizar a apreciação do cumprimento dos requisitos e o julgamento verificando o cumprimento em conformidade, poderá:

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

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

Nos casos do primeiro agente infrator requer os benefícios do programa e fizer a delação dos demais envolvidos, em regra os denunciados e delatados não poderão obter os benefícios do Programa de Leniência. Contudo, o art. 86, no §6º, traz a oportunidade de ser estendidos os benefícios “às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas.

Outra disposição vantajosa para o agente econômico infrator é apresentada no mesmo artigo, no § 9º, sobre o sigilo que considera “sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo”. Já o art. 87 traz que celebrando o acordo o agente econômico terá mais um benefício de ter a suspensão do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia.

Por fim, no parágrafo único do art. 87, temos que “cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue automaticamente a punibilidade dos crimes”. A

extinção da punibilidade em relação aos ilícitos apurados é o principal alvo de em que busca alcançar o agente, chegando a restabelecer no mercado econômico como agente de “ficha limpa” e ético de mercado.

4.2.2 – Os Acordos de Leniência nos arts. 16 e 17 da Lei Anticorrupção nº. 12.846/2013.

A Lei nº 12.846/2013, chamada Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa, foi publicada após várias reivindicações e manifestações populares contra a corrupção no Brasil identificadas e necessárias de sanções adequadas. A corrupção tomou tamanha dimensão que se questionou a administração pública no País, valores desviados dos cofres públicos que dariam para solucionar os problemas econômicos e sociais.

Deste modo, a norma veio com o objetivo preencher as lacunas do ordenamento jurídico brasileiro em questões concernentes à responsabilização, administrativa e civil, das pessoas jurídicas praticantes de atos ilícitos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. Uma grande contribuição da Lei foi a atribuição de responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas em concurso delitivo com o Poder Público, todavia, trouxe a oportunidade de participar do Acordo de Leniência.

Essa Lei – 12.846/2013, aplica somente a pessoas jurídicas envolvidas nos ilícitos, diferenciando da Lei de Defesa da Concorrência que se aplica também as pessoas físicas envolvidas. No art. 16, da Lei Anticorrupção prevê que “A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo”. Para Costódio Filho:

os pactos de leniência no âmbito da Lei nº 12.846/2013 são: ... acordos celebrados entre a Administração Pública e particulares envolvidos em ilícitos administrativos, por meio dos quais estes últimos colaboram com a investigação e recebem em benefício a extinção ou a redução das sanções a que estariam sujeitos por tais ilícitos(2015. p. 280).

Tais benefícios só serão concedidos se a colaraboração resultar na “I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e; II - a obtenção

célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração” (Art. 16, incisos I e II, da Lei 12.846/2013). Contudo a celebração do acordo de leniência pela lei anticorrupção o agente infrator deverá preencher cumulativamente os seguintes requisitos:

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento. 2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável (Art. 16, §2º da Lei 12.846/2013).

Como ocorre na Lei de Defesa da Concorrência - 12.529/2011, na presente Lei Anticorrupção, também, não isentará o agente infrator de responder processos judiciais em outras esferas e sofrer sanções, como no caso de ocorrência de dano e o pedido de reparação na esfera cível. Tão mais, o acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

Da mesma forma que ocorre na Lei de Defesa da Concorrência, em regra os delatados não poderão obter os benefícios do acordo de leniência, salvo se as pessoas jurídicas integrarem o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, e desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições já estabelecidas para o delatante.

Tão logo, a aplicação do acordo de leniência nos dentro dos requisitos previstos e a Lei anticorrupção provavelmente vai inibir o arranjo de esquemas de corrupção no decorrer do tempo, à medida que os diretores, sócios e funcionários das grandes empresas forem tomando conta dos riscos que tais ações representam às suas respectivas liberdades e às finanças das instituições em que trabalham. Cada vez mais, será evidenciado a necessidade de uma empresa ética em todos os setores de atuação com o *compliance* exemplar.

4.3 Programa como ferramenta de pacificação de conflitos.

Como já elucidado, a condenação do agente infrator na sua individualidade trará efeitos coletivos, causando ainda mais impactos indesejáveis no mercado econômico. Isso pode ser observado por ter o agente econômico recursos limitados, escassos e que precisam ser melhor alocados para que tenha uma eficiência de produção. E ao ser condenado terá que redirecionar os recursos, reduzindo a produção, para pagamento das sanções à ela atribuída.

Dentre as condenações, está a reparação integral do dano que é algo discutível dentro da possibilidade ou não, dependendo da extensão do dano não conseguirá falar em reparação integral, como também, será dispendioso para o agente infrator cumprir determinações nesse sentido.

Nesse contexto, mostra necessário o repensar na ideia de condenação e na organização do sistema de mercado, identificando na macroeconomia os agentes - indivíduos, famílias, governo e empresas, como receptadores indiretos da condenação. As possíveis ações resultantes da condenação poderão provocar mudança de comportamento do agente econômico e do mercado, casando na sua dimensão consequências de incentivos e desincentivos, dependendo capacidade de alteridade do julgador.

No mercado concorrencial existe uma disputa e um ritmo frenético do consumo e da produção, sem olhar o outro e os reflexos que atingem o outro e retornam para si. Por isso, faz necessário que o julgador tenha um olhar amplo de investigação antes de julgar cada caso concreto, demonstrando uma possível alteridade que não pode ser silenciada.

O Programa de Leniência possibilita tornar o conflito racionalizado e humano, a partir da humanização dos atores – do ser humano e convivência social – e da consequente entrelaço das relações sociais, gerando análise de casos com alteridade e a eficiência de cumprimento na reparação integral do dano.

Observa que, o Acordo de Leniência é uma ferramenta como meio alternativo de pacificação de conflitos, abrindo a possibilidade de evitar consequências maiores indesejáveis à coletividade, porém, não pode ser visto como alvo de impunidade. É um programa que viabiliza a ação pedagógica de papel representativo de cada agente

econômico.

Não basta penas condenar, a ferro e fogo, é preciso educar os agentes na compreensão de entender o quanto as ações podem ajudar ou prejudicar, conscientizando que cada um é ator de campo para o desenvolvimento econômico do País. O programa de leniência restabelece o diálogo, a interrelação social, a compreensão e a possibilidade de reeducação do agente infrator.

A circulação de riquezas no mercado traz para o Estado arrecadações que irá possibilitar o cumprimento das Políticas Públicas. É fundamental valorizar a circulação de riquezas no mercado e a arrecadação, pois, é essencial não só para o desenvolvimento econômico do País como para o cumprimento constitucional das ações sociais.

Disso, o conflito é inerente ao homem e suas relações sociais, é o que faz desenvolver, lutar e buscar melhoria na qualidade de vida, por isso, valoriza a Ordem Econômica com incentivos e também, com resolução de conflitos que surgem diariamente. Nas relações de ilícitos o programa de leniência é utilizado na resolução do conflito que corresponde a uma resposta jurídico-social efetiva para os sujeitos que compõem o conflito.

Assim, os meios alternativos de apacificação de conflitos apresenta um como instrumento de organização e reestruturação da ordem que possibilitará fazer a função tríplice: pedagógica, regulatória e punitiva, ao observar que tanto na condenação quanto nas benesses do Acordo o agente deverá reparar integralmente o dano.

Em suma, o Programa de Leniência proporciona aos agentes um amadurecimento social – importância das ações, “quando esses conseguem pensar sobre o acontecido, refletir sobre o conflito e imaginar o possível caminho a ser adotado pelas partes em uma autonomia de escolha para resolução traz as partes um amadurecimento em relação as relações de conflitos” (REZENDE, 2019, p.90).

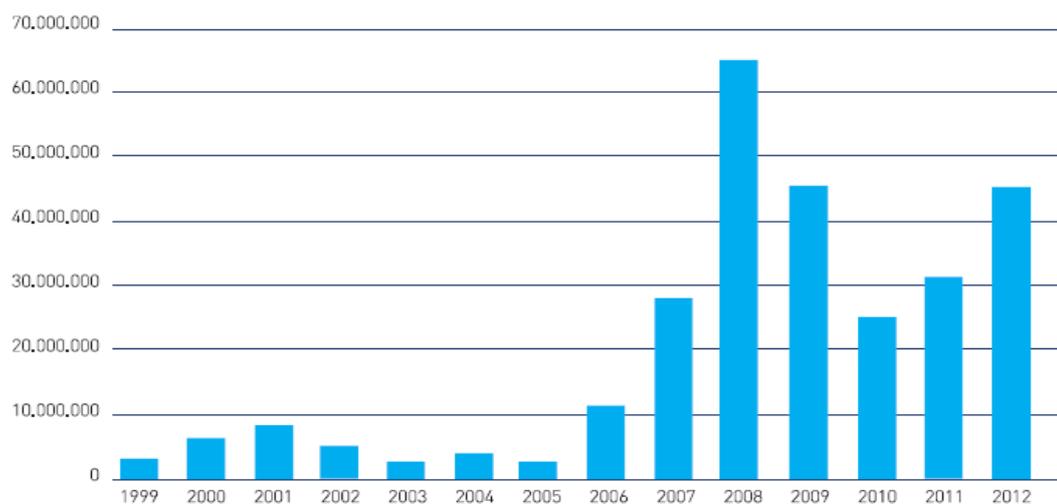
Os atos/ações que trazem uma resposta jurídico-social refletindo inclusive internacionalmente, pois, o Brasil rege por alguns princípios dentre eles, a prevalência dos direitos humanos, defesa da paz e solução pacífica dos conflitos (Art. 4º, incisos II, VI e VII, da Constituição Federal do Brasil 1988).

4.4 Crescente adesão e aceitação – Agentes infratores e Estado.

A possibilidade das pessoas físicas e jurídicas poderem de participar do Acordo de Leniência conforme art. 86, §4º, da Lei 12.529/2011, com as benesses da suspensão do processo e posteriormente o arquivamento com a extinção da punibilidade é um grande atrativo para os agentes infratores e apresenta para o estado economia e celeridade nas investigações.

A redução da penalidade aplicável é um proveito econômico oportunizando a reabilitação da empresa sem grandes prejuízos e a satisfação do Estado na reparação do dano com efetividade no recebimento dos valores atribuídos. No período de 1999 a 2012 houve uma crescente procura e adesão de agentes ao programa, conforme pode verificar no quadro demonstrato abaixo:

Arrecadação total do Cade de 1999 a 2012



■ Fonte: CFDD

Fonte: <https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/cade-em-numeros/cade-em-numeros>

Percebe que nesse período decorrida a Lei nº. 8884/94 para uma transição e revogação pela lei nº. 12.529/2011, houve uma grande concentração de pedidos pelos agentes e aceitação pelo Estado aumentando consequentemente também as arrecadações com multas e reparação de dano.

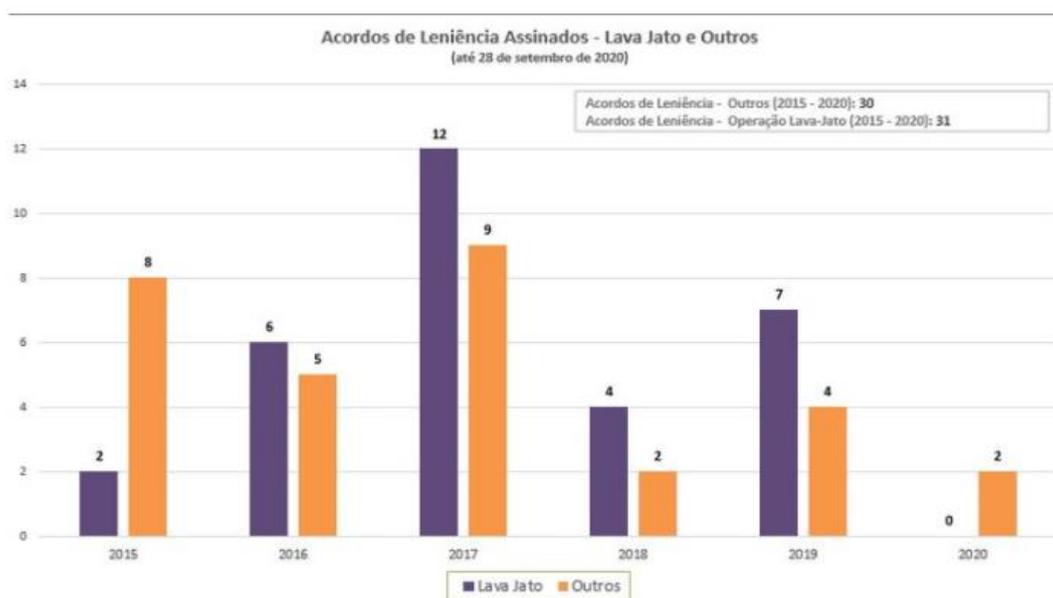
Entre 2013 e 2014 o Cade arrecadou mais de 169 milhões, em 2015 mais de 524 milhões, em 2016 bateu o recorde novamente, arrecadou mais de 700,3

milhões²¹. Identificando que em números o quanto os acordos melhoraram as investigações e envolvimento dos agentes e órgãos na efetividade da ordem econômica. A importância de se manter com ações éticas de mercado.

Além dos benefícios apresentados no tópico 3.2.1 deste estudo, o agente terá a oportunidade de manter as relações comerciais normalmente, contratar com a Administração Pública, importar e exportar produtos, ser beneficiado com projetos do governo de subsídios e incentivos, enfim, manterá a sua posição intacta perante os concorrentes e fornecedores.

As vantagens são os principais atrativos para os agentes econômicos infratores que demonstram que existem infrações que não são facilmente identificadas no âmbito investigativo,

Depois de reiteradas reivindicações da população brasileira para combate a corrupção no País, publicou a Lei de anticorrupção e o Cade conjuntamente com o Ministério Público pode realizar maiores investigações e fechar acordos de leniência com as empresas infratoras. Entre 2015 e 2020, percebeu o desenvolvimento nas maior de termos assinados e maiores arrecadações, incluindo o caso da “Lava Jato” no País.



Fonte: <https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/cade-em-numeros/cade-em-numeros>

²¹ Armando Cardoso – Agência Brasil, publicado em 18/01/2017, Brasília. Endereço eletrônico: Acordos do Cade rendem R\$ 700,3 milhões para fundo do Ministério da Justiça | Agência Brasil (ebc.com.br)

No ano de 2020, a pandemia do COVID-19 e as medidas de isolamento social prejudicaram as investigações, distanciamento, estabelecimentos fechados e com contigências, trabalhos investigativos apenas em *home office*, é apresentado de acordo com levantamento do Conselho de Defesa da Concorrência as multas e contribuições aplicadas tiveram uma redução de 83,6% em comparação ao ano de 2019, sendo a menor desde 2012.

“De acordo com levantamento do superintendente-geral do Cade, Alexandre Cordeiro, apresentado nesta sexta-feira, 13, em seminário virtual do Instituto Brasileiro de Estudos da Concorrência (Ibrac), o montante soma R\$ 156,682 milhões, o menor valor desde 2012. No ano passado, as multas e contribuições aplicadas de janeiro a outubro foi de R\$ 960,179 milhões”²². Vejamos os seguintes dados:

Com isso, o valor recolhido pelo Cade ao Fundo de Direitos Difusos (FDD), que é o destino das multas aplicadas pelo conselho, caiu de R\$ 548,250 milhões no ano passado para R\$ 284,746 milhões neste ano.

Com a pandemia, 130 investigações foram iniciadas na superintendência geral até outubro, ante 171 no mesmo período do ano passado. O número de processos administrativos caiu de 23, de janeiro a outubro de 2019, para apenas 10 neste ano. Também caíram o número de Termos de Compromisso de Conduta (TCC) homologados, de 14 para 10.

Por outro lado, a crise econômica desencadeada pela doença levou a um recorde no número de fusões, aquisições e joint ventures notificadas ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em 2020

(Folha Vitória - Multas e contribuições aplicadas pelo Cade caem 83,6% em 2020 (folhavoria.com.br). Publicada em 13/11/2020).

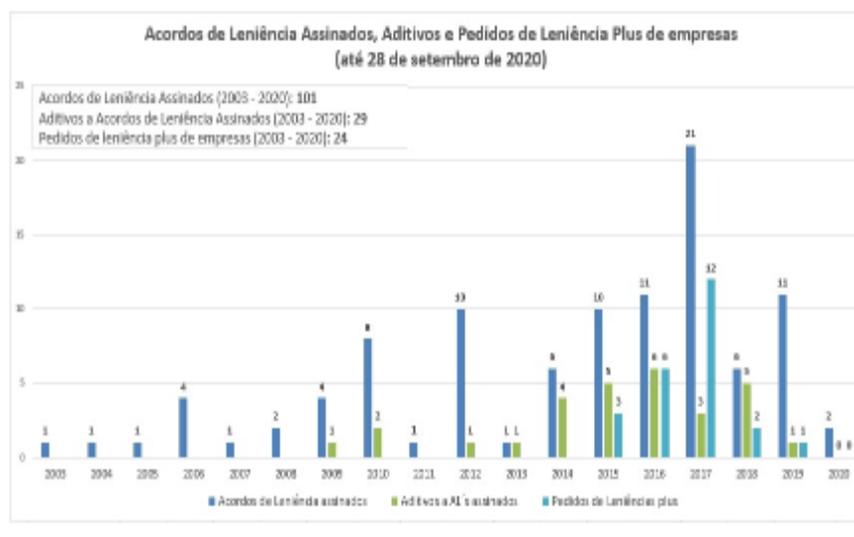
Observa que a crescente adesão ao Programa de Leniência e aceitação pelo Estado, aumentaram significativamente as arrecadações anos após anos. Deste modo, parte para análise da aplicação desses valores arrecadados, indagando se o cumprimento do legislador em aplicar para reestabelecimento do mercado, proteção a livre-concorrência e na aplicação social tem sido cumprida pelos gestores.

²² Folha Vitória - Multas e contribuições aplicadas pelo Cade caem 83,6% em 2020 (folhavoria.com.br). Publicada em 13/11/2020.

Estatísticas do Programa de Leniência do Cade

Publicado em 27/11/2020 15h45 | Atualizado em 29/12/2020 17h48

Compartilhe: [f](#) [t](#) [o](#)



Fonte: <https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/cade-em-numeros/cade-em-numeros>

Contudo, para o ano de 2021, seguindo com isolamento social na possível recontaminação, passando os países por uma segunda onda do coronavírus, será mais um ano atípico, com maiores dificuldades nas identificações dos ilícitos, contudo, de muito trabalho para o Cade principalmente em ações de prevenção nos processos de atos de concentração.

5 A FINALIDADE DE REESTRUTURAÇÃO DO MERCADO ECONÔMICO BRASILEIRO E A REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO.

Em observação, as ações praticadas por agentes econômicos e os impactos gerados na economia, a intervenção do Estado é necessária para manutenção da Ordem Econômica seja de forma preventiva em análise dos atos de concentração praticados pelos agentes com necessidade de aprovação prévia para conclusão seja de forma normativa para estabelecer condutas dos agentes em busca de equilíbrio de mercado e por fim, seja de forma punitiva aplicando sanções aos infratores.

Todos os atos de intervenção são para efetivar a pacificação de conflitos sociais e abastecer as necessidades do povo que vivência, em grande maioria, a escassez de recursos e a pobreza no abastecimento das necessidades. Diante da grande desigualdade social, o Estado tem o papel de estabelecer instrumentos de adequação e recuperação do mercado econômico e em casos de infrações, proporcionar a reparação integral do dano aos atingidos seja em campo coletivo ou individual.

5.1 Controle dos Atos de concentração pelo CADE

O ato de concentração realizado por empresas pode acontecer de várias formas que representarão maior ou menor potencialidade de restrição à concorrência. Não é ato ilícito por si só, é necessário que se identifique abuso ou dominação de mercado para que o ato de concentração seja impedido de realizar, ou se já estabelecido seja considerado ilícito.

Sendo um fenômeno previsto da legislação nacional, pois a lei que disciplina as sociedades por ações (Lei 6.404/1976) prevê atos de fusão, incorporação e coligação de companhias. Em fonte, a Lei de Defesa da Concorrência no art. 90 identifica o ato de concentração quando:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

I - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture .

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput , quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

No mesmo diploma legal estabelece a competência do Plenário do Tribunal do CADE apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica por meio de processos administrativos propostos pelos interessados. Assim, percebe que é pela própria sistemática introduzida na lei, o processo concentracionista não encontra obstáculos legais para acontecer.

A medição dos atos de concentração não é o critério para a apuração dos efeitos anticompetitivos que podem ser gerados no mercado. De forma que, vale ressaltar, ele tem apenas valor indicativo, para que os órgãos aplicadores das leis antitrustes não percam tempo na análise de atos de concentração que não geram qualquer poder econômico para as empresas associadas. Como traz Fabiano Del Masso:

Costuma-se utilizar, para medir o nível de concentração do mercado, um método denominado "razão da participação de quatro empresas" (*four-firm concentration ratio*), no qual se soma a participação das quatro empresas de maior participação em determinado mercado, considerando elevado o grau de concentração quando se chega a um índice superior a 75%; também é utilizado o índice *Herfindahl-Hirschman* (IHH), que provém da soma dos quadrados das participações individuais de todos os participantes no mercado - é o índice que veio com a Horizontal Merger Guidelines dos EUA, que considera o mercado altamente concentrado quando o IHH é superior a 1800 (2012, p.144 *apud* Hovenkamp, 1994, p. 456-459).

Ao tomar uma certa parte do mercado a(s) empresa(s) conseguem uma dominação do mercado, atribuindo a ela(s) exercício de posição dominante, o que realça a atenção dos órgãos aplicadores da legislação antitruste. Contudo, não há

nenhum impedimento legal para que isso ocorra, restando a competência do CADE apreciar cada caso e identificar se a dominação daquele setor da economia não é atingido com consequências indesejáveis para coletividade.

Fato que quando uma empresa ou um grupos dessas conseguem alterar de forma unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou até consiga controlar fazendo uma dominação de mercado recebe um limite legal de 20%(vinte por cento), todavia poderá ser flexibilizado tal percentual pelo CADE ao analisar as necessidades e organização do setor específico. As concentrações são classificadas em verticais e horizontais, sendo a vertical quando realizadas entre empresas e fornecedores (ascendentes) ou distribuidores (descendentes), ou seja, quando se unem os entes responsáveis pela chegada da mercadoria até o consumidor.

Na forma horizontal ocorre quando a associação é realizada entre concorrentes que exploram um mesmo mercado, ou seja, são concorrentes diretos. Em regra, atribui-se mais prejuízo às concentrações horizontais, que por si, no mínimo, retiram um concorrente do mercado, enquanto as concentrações verticais dependem de outros fatores para ocasionar lesão ao mercado, como quando o fornecedor comum de outras empresas é adquirido e discrimina outros concorrentes no preço de fornecimento.

Em relação aos conglomerados, embora estes diretamente não possam causar qualquer impacto no mercado relevante de um produto, o poder econômico de mercado da empresa pode aumentar de tal forma que esta mesma empresa possa tomar certas condutas anticompetitivas impondo esse poder econômico para dominar mercador ou impor barreiras às outras empresas, merecendo, dessa forma, uma análise preventiva do órgão aplicador da Lei antitruste, se o ato se enquadrar em uma das hipóteses de apreciação do art. 88, da Lei 12.529/2011.

Os atos de concentração de empresas podem assumir ainda formas variadas. É comum encontrar as seguintes denominações dadas às formas de concentração: fusão, incorporação, cartel, holding, joint ventue, colusão, ajustes, acordos, entente, integração, grupo de sociedades, agrupamento de sociedades, constituição de sociedade controladora, entre outras.

Diante da legislação societária, pode-se dizer que existem concentrações de empresas que são lícitas, o que de certa forma influencia os critérios para a aplicação

de penalidades nas leis antitrustes, que devem, sobretudo, impor condições que bem diferenciem uma boa de uma má concentração ou tipificar claramente quando ocorre lesão ao bem jurídico tutelado. Nesse particular, não se pode ter como único fundamento para configuração de um ilícito antitruste apenas a verificação de redução do grau de concorrência no mercado.

O chamado *trust* consiste em uma forma de centralizar, transferir a uma direção única o controle de várias sociedades, causando uma concentração de poder. Mesmo o *Trust* dependerá de uma atitude ilícita de seu gestor que gere efeitos negativos no mercado, como, por exemplo, a prática de preços predatórios, aumento arbitrário dos lucros ou a limitação da entrada de novas empresas.

Contudo, não é objetivo do CADE e da Lei de Defesa da Concorrência apenas punir os atos abusivos de poder econômico em virtude somente da análise dos efeitos negativos no mercado, mas, também se persegue a eficiência econômica, uma vez que o bem tutelado é o mercado concorrencial e eficiente, de nada valendo uma proteção que não lhe promova eficiência. Entretanto, algumas vezes um ou outro elemento deve ser parcialmente sacrificado de acordo com o caso concreto.

5.2 Responsabilidade civil por danos concorrenciais

Os impactos negativos gerados pelas ações indesejáveis sobre a ordem econômica tornaram seu combate uma das prioridades das autoridades da concorrência. Devido às dificuldades relacionadas à detecção, persecução e punição dos cartéis, os programas de leniência, introduzidos inicialmente na legislação norte-americana e posteriormente adotados em outras jurisdições, figuram dentre os principais mecanismos de combate a essa prática anticompetitiva, ao concederem imunidade administrativa e/ou criminal, parcial ou total, ao participante do cartel que contribuir com as investigações da autoridade da concorrência.

Além de ser foco da atuação estatal direta, o combate aos cartéis também pode ser exercido por agentes privados, visto que, além de um ilícito administrativo e penal, trata-se também de um ilícito civil. Ao afetar negativamente o ambiente concorrencial e, portanto, o interesse social como um todo, o cartel causa inúmeros danos aos concorrentes, fornecedores, consumidores, acionistas e até mesmo

empregados daqueles que participam da prática, sendo-lhes garantido o direito de pleitear o ressarcimento pelos danos sofridos.

Assim, os programas de leniência e as ações de responsabilidade civil concorrencial são duas importantes ferramentas para o desenvolvimento de uma política eficiente de combate aos ilícitos econômicos e que devem, em conjunto, permitir uma aplicação equilibrada do Direito Concorrencial em suas esferas pública e privada, de forma a evitar que eventual estímulo e desenvolvimento das ações privadas de reparação de danos alterem o ânimo de um participante de cartel em delatar esta prática devido à sua possível maior exposição a ações civis.

O instituto da responsabilidade civil disciplinado pelo Código Civil brasileiro prevê que todo aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Assim, no âmbito da responsabilidade civil concorrencial, todos os participantes desse ato ilícito serão solidariamente responsáveis pelos danos, sejam materiais ou morais, que causarem aos prejudicados.

No tocante a limitação da responsabilidade solidária dos atos infracionais pelos agentes econômicos, não impede que os afetados proponham ação de reparação de danos materiais e morais como explica Luiza Andrade Machado nos casos de condutas de cartéis:

mesmo com a limitação da responsabilidade solidária dos beneficiários da leniência não impede o exercício do direito de reparação pelos prejudicados pela prática de cartel. Isso porque a manutenção da responsabilidade solidária dos outros participantes do cartel que não delataram a prática permite que o prejudicado obtenha destes a totalidade dos valores referentes aos danos causados e, ao mesmo tempo, não exime o beneficiário de sua responsabilidade civil, visto que este ainda está sujeito ao pagamento de indenização pelos danos que sua conduta gerou.(MACHADO, 2015. p. 114-132).

Deste modo, a responsabilidade do agente infrator vai além da reparação integral de danos no campo econômico para com o Estado, devendo ainda, arcar com as consequências ao atingir outros concorrentes e consumidores na respectiva proporção de participação de cada agente na ação ilícita de mercado.

5.3 A flexibilização na reparação integral do dano.

As decisões sejam administrativas ou judiciais são impositivas sobre os agentes e a organização econômica e não podem ser totalmente legalistas por terem uma ação punitiva na maioria dos casos não perfaz justiça de ordem no meio social-econômico sendo necessário uma orientação e análise de estrutura para aplicação mais adequada. Como relata Santos Neto²³ “fundamental para a manutenção da funcionalidade do direito, permite colocar sob suspeita o reducionismo presente nas práticas legalistas, que produzem decisões inadequadas, pelo simples fato de não operam um nível adequado de complexidade”.

Contudo, a prática legalista está cumprir estritamente o princípio da reparação integral previsto no Código Civil, art. 944 e no Código de Defesa do Consumir, no art. 6º, VI, em dizer que indenização mede-se pela extensão do dano. Contudo, no mesmo dispositivo, no § único atende a flexibilidade de apreciação pelo Juiz ao existir “excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

Assim, ao emitir uma decisão estritamente legalista, seja pelo magistrado ou pelos Conselheiros, determinando o cumprimento da “integral” da reparação de dano em uma visão complexa e ampliada de mercado causaria a impossibilidade de cumprimento. Evidente, portanto, que a indeterminação do que seria “integral”, proporcionando uma flexibilização ao entendimento e aplicação, não é uma falha e sim, uma possibilidade de adequação ao caso – processo e ao mercado econômico. Conforme ensina Santos Neto e Bambirra:

a vagueza, por vezes, demonstrada nos textos legais, nem sempre constitui uma falha de redação ou um defeito que pode ser eliminado por um acréscimo de rigor técnico, mas tão somente uma estratégia do direito que permite uma maior adaptabilidade das decisões judiciais(SANTOS NETO; BAMBIRRA, 2020, p. 17).

A adaptabilidade é necessária, pois as consequências do ilícito no mercado econômico atinge negativamente toda a coletividade e a condenação acima do que seria suportado pelo agente causará o mesmo fato. Como o ilícito, a condenação gera

²³ Arnaldo Bastos dos Santos Neto em discussão sobre a complexidade das decisões legalistas apresentada em dissertação com o tema: Questão da Justiça de Kelsen a Luhmann – do abandono a recuperação (2010). Apresenta a problemática da discussão na ótica da reflexão que até para redução e limitação das complexidades em decisões legalistas dependerão de um processo e métodos que são complexos por si.

para a sociedade demissões, restrições na oferta, redução nas arrecadações tributárias e outras indesejáveis situações que são evitadas pela Ordem Econômica.

Por isso, a justiça será adequada quando for praticada em conformidade com a lei, comitadamente, aplicada em proporcionalidade da capacidade suportar do agente e da capacidade cumprimento. Assim, a relação sancionatória deverá ampliar para a efetividade real da pena aplicada, na visão de alcance da justiça e do equilíbrio nas relações socio-econômicas.

5.4 Consequências pelo descumprimento do programa de Leniência

Receber os benefícios do acordo de leniência só será concretizado quando o agente infrator cumprir na integralidade a reparação do dano e os demais requisitos previsto no acordo. Em caso de descumprimento do referido acordo, o art. 86, §12, da Lei de Defesa Econômica (12.529/2011) diz que “em caso de descumprimento do acordo de leniência, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento”.

Além da sanção em ficar restrito de ser beneficiário de novo acordo de leniência, o processo que estava suspenso aguardando cumprimento do acordo e que com o cumprimento teria seu arquivamento decretado sem condenação, passa a ser um processo em andamento seja em fase inicial de investigação ou do efetivo processo. Fato que o descumprimento gera a total revogação dos benefícios já concedidos e os que seriam alcançados.

Já na Lei de Anticorrupção o descumprimento do acordo de leniência pode ser configurado por uma a recusa no fornecimento de documentos, confissões, delações de outras pessoas jurídicas ou agentes públicos e demais instrumentos probatórios prometidos no momento da pactuação, pois isto viola o requisito objetivo da cooperação plena com as autoridades encarregadas do devido processo penal-administrativo (art. 16, parágrafo 1º, inciso III).

Pode ser quando quando a pessoa jurídica continua a desempenhar os atos ilícitos confessados mesmo depois de ter sido indiciada, processada administrativamente e de ter se comprometido a colaborar com as investigações; ou

quando o Poder Público verifica a prática de outros delitos corruptivos, em casos concretos distintos, pela mesma pactuante. Descumprido o acordo de leniência, a pessoa jurídica fica “impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento” (art. 16, parágrafo 8º, da Lei de Anticorrupção).

Outras consequências do descumprimento são a sua anotação no Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP (art. 22, parágrafo 4º, da LAC), a “aplicação do valor integral da multa encontrado antes da redução” (art. 23, parágrafo 2º, do Decreto nº 8.420/2015) e a perda de todos os outros benefícios pactuados (art. 37, inciso II, do Decreto nº 8.420/2015).

Identifica que em geral, o agente perderá todos os benefícios que buscou estabelecer antes de assinar o acordo de leniência, culminará no trâmite regular e o processo voltará ao estado que havia parado, não podendo ser utilizada a confissão e provas apresentadas pelo agente em desfavor do próprio.

5.5 Finalidade do programa de leniência pelo CADE e a reestruturação do mercado.

Como ventilado, o instituto da leniência não existe para beneficiar somente o agente infrator, porém, busca uma proteção coletiva por meio de intervenção do Estado no mercado econômico. O CADE é o guardião da Lei 12.529/2011, aplicando a legislação e implantando no Regulamento Interno (RiCADE) convênios e colaborações para efetivar o combate dos ilícitos contra a ordem econômica, dentre eles, o Programa de Leniência.

Recentemente, diante da pandemia do Covid-19, o CADE em atuação na regulação do mercado econômico emitiu uma nota informativa sobre acordos e contratos entre empresas concorrentes²⁴ visando viabilizar o enfrentamento da crise econômica instaurada diante do isolamento social. O CADE realizou determinações aos concorrentes conforme os setores das atividades, no intuito de

²⁴ O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) publicou em 06/07/2020, nota informativa temporária em que trata da colaboração entre empresas para enfrentamento da crise de Covid-19. O documento apresenta orientações sobre os parâmetros recomendados na elaboração de estratégias de combate à pandemia e sobre os procedimentos disponíveis para que os agentes econômicos possam obter pronunciamento do Cade.

colaboração para superar as adversidades e consigam amenizar os efeitos da crise mantendo a concorrência de mercado.

A colaboração entre os concorrentes, não só no momento de pandemia, apresenta resultados positivos para o agente empresarial e para a coletividade com reflexos para um bom funcionamento de mercado. Dentre as possibilidades, existe a de contactar diretamente com o CADE, com canal pelo sitio eletrônico, o CADE disponibiliza todas as informações sobre o acordo de leniência e coloca a disposição um e-mail para propositura do termo.

A nota informativa como uma das possibilidades, lança que as estratégias que envolvam a participação de concorrentes deverão ter controles de governança e *compliance*, como meios de demonstrar a boa-fé e o compromisso com a defesa da concorrência, assim, deste ponto evidencia a preocupação de abertura para a realização de acordos entre agentes econômicos do mesmo setor, mas não abandona o interesse coletivo de manter a ética empresarial.

Destarte, a atuação do CADE busca efetivar o interesse do agente econômico de mercado (expectativa de lucro) atrelado ao bem-estar coletivo, sendo esse o ponto primordial de eficiência do mercado econômico, como ressalta FRIEDMAN (2014, p.24): “a organização econômica desempenha um papel duplo na promoção de uma sociedade livre”.

Portanto, uma sociedade com uma economia sem a intervenção do Estado nas relações poderá produzir níveis de desigualdade do rendimento e do consumo que sejam inaceitáveis, dentro de uma concorrência desleal que impactará negativamente por uma dominação e exploração de mercado por alguns favorecidos economicamente.

A intervenção do Estado normatizando e criando órgãos aptos para o combate de ações abusivas no mercado oportuniza uma eficiência e equilíbrio que favorece todos os agentes econômicos. A autonomia do Conselho Administrativo de Defesa Econômica no combate aos ilícitos econômicos ao aplicar o acordo de leniência cumpre a finalidade de reestruturar o mercado econômico e essa reestrutura de mercado visa assegurar a existência digna a todos conforme os ditames da justiça social.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Torna-se evidente, portanto, que o Estado deverá fazer intervenção na economia, não com a finalidade de concentrar as ações de mercado, mas de organizar, manter e restabelecer a ordem econômica sempre que for necessário. Importante atender a proteção dos interesses privados nessa relação incentivando-os na busca de desenvolvimento e lucros, mas identificando o ponto central que todos os direitos tutelados pelas ações de mercado e do Estado serão prioritariamente em prol da coletividade.

Como desenvolvido no primeiro capítulo, desde os primórdios a Economia enquanto atividade vem se adequando às circunstâncias. Durante a idade média, o Feudalismo com o seu método de produção comunitário foi a lógica por muitos séculos e posteriormente na idade moderna os modelos mercantilistas e fisiocratas prevaleceram, sendo que, os fisiocratas enfatizavam a produção agrícola, e, os mercantilistas o comércio internacional.

Um marco importante na história das ciências econômicas ocorre entre o século XVIII e início do século XX, a teoria econômica clássica ditou os rumos do processo produtivo, enfocando que o sucesso econômico de uma nação estava pautado nos princípios da livre concorrência, tendo neste período, os seus dogmas questionados por Karl Marx que profetizou a desmoronamento dos preceitos capitalistas da teoria clássica.

Em segundo capítulo, tratou de identificar o Programa de Leniência como instrumento de identificação e reorganização do mercado econômico quando aos agentes dentro de suas liberdades econômicas de mercado afetem a livre-concorrência e a livre-iniciativa. Certo que, a finalidade de aplicação dos benefícios da leniência no mercado econômico prima pela busca do equilíbrio econômico beneficiando principalmente a coletividade.

Os agentes infratores, na oportunidade, serão também beneficiados diante do cumprimento do requisito da colaboração voluntária nas apurações das infrações e cumprimento das obrigações que lhes serão impostas conforme o caso. Quanto a

participação intervencionista do Estado nas relações econômicas é essencial ao controle de atos que irão prejudicar a livre-concorrência e a livre-iniciativa, sendo que uma economia de mercado perfeitamente concorrencial não existe no mundo capitalista, realidade de disputas existe conflitos por poder econômico, por dominação de mercados que resultam em monopólios, desempregos, danos ambientais e inflação para colaborar com as desigualdades.

O Estado desempenha um papel de protecionista do mercado econômico com normatividade em prol da sociedade, intentando incentivos econômicos para a redução das desigualdades econômico-sociais seja diretamente ou indiretamente. Portanto, a inserção e aplicação do acordo de leniência nos processos administrativos e judiciais tem a função de combater as ações *antitruste's* cumprindo a finalidade do instituto de identificar os ilícitos, combater e punir de forma célere os agentes infratores.

Dessa maneira, a utilização do instituto proporciona a reestruturação do mercado o qual apresenta um desequilíbrio que necessita de retomada para chegar a eficiência e poder atingir resultados crescentes na economia do País. Os resultados almejados no mercado concorrencial se efetiva com o combate as ações maléficas de mercado, trazendo um equilíbrio do bem-estar social.

Em último capítulo, atentou a finalidade de reestruturação de mercado econômico brasileiro e a reparação integral do dano, após apreciação de dados no capítulo 3 que houve uma crescente procura pelo Programa pelos agentes privados nos últimos anos e a concessão pelo Estado seja em esfera administrativa ou judicial. Constata que o Programa de Leniência apresenta vantagens mútuas dando ao agente infrator a oportunidade de restabelecer no mercado sem condenações ao cumprir na integralidade o acordo e ao Estado em conseguir reestruturar o mercado econômico brasileiro evitando impactos ainda mais indesejáveis.

A reparação integral do dano como requisito de cumprimento dos termos do acordo de leniência parte da presunção de que há uma análise de cada caso, identificando os possíveis danos e determinando limites ao que seja entendido como “integral”, pois, em fato tão complexo como os impactos ao mercado e seus agentes não seria tão possível determinar a reparação “integral” do dano. Com a finalidade de benefícios mútuos no programa, faz necessário limitar a integralidade de reparação

do dano ofertando ao agente infrator possibilidade de cumprimento.

Por tudo isso, fica claro que há muito que avançar na pesquisa e nas discussões sobre a reestruturação do mercado concorrencial e a reparação integral do dano por um olhar a partir do direito constitucional econômico, pois identificou que os instrumentos jurídico-político-econômico empregados são caminhos que precisam ser melhor apreciados e corrigidos para atingir uma eficiência em busca da Ordem Econômica no Brasil.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Túlio Augusto Tayano; LORENCINI, Bruno César. **O Papel do Estado no Tratamento Favorecido às Micro e Pequenas Empresas Face às Convenções Coletivas de Trabalho e Sua Relação com o Desenvolvimento Econômico Empresarial e Social**. Revista Thesis Juris – RTJ, eISSN 2317-3580, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 210-222, jan./abr. 2017.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 4ª edição, São Paulo, Saraiva, 2001.

ARENHART, Sergio Cruz. **Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do Carvão**. No livro de Ada Pellegrini Grinover; Kazuo Watanabe e Susana henriques da Costa. O Processo para solução de conflitos de interesse público. Editora JusPodivm, Salvador/BA, 2017.

BATISTA, João Marcos. **A Evolução da Economia: Uma abordagem histórica sobre os principais modelos, teorias e pensadores**. 2016. Disponível em: A EVOLUÇÃO DA ECONOMIA: UMA ABORDAGEM HISTÓRICA SOBRE OS PRINCIPAIS MODELOS, TEORIAS E PENSADORES - PDF Free Download (docplayer.com.br). Acesso em: 22/10/2020.

BARBIERRE FILHO, Carlos. **Disciplina jurídica da concorrência: abuso do poder econômico**. São Paulo, Resenha Tributária, 1984.

BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?4cec2ff13edc5ffb48095e>>. Acesso em: 06.junho.2020.

BRASIL. Lei 12.529 de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>Acesso em: 06.junho.2020.

BRASIL. Lei 12.846 de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>Acesso em: 06.junho.2020.

CASTRO, Bruno Braz de. **Eficiência e rivalidade: alternativas para o direito da concorrência nos países em desenvolvimento** / Bruno Braz de Castro. Orientadora: Amanda Flávio de Oliveira. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. – Belo Horizonte – 2017.

CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. **CADE: O Oligopólio no Estado Brasileiro de Intervenção Necessária**. Editora Lumem Juris. Rio de Janeiro 2015.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Direito antitruste brasileiro: Comentários à Lei 8.884**. São Paulo, Saraiva, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Econômico**. Enciclopédia Saraiva do Direito, n. 27. São Paulo: Saraiva. 1977.

FERNANDES, José Luís. **Alta autoridade – comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA)**. Outubro 2017. disponível em: Euroogle - Dicionário de Termos Europeus. Acesso em: 15/11/2020.

FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e Liberdade**. Ed. LTC. São Paulo: 2014.

GÉNÉREUX, Jacques. **O horror político: o horror não é econômico**/ tradução Eloá Jacobina – 5. edição – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática** / Miracy Barbosa de Sousa Gustin, Maria Tereza Fonseca Dias, Camila Silva Nicácio. 5. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Almedina, 2020.

Eros Roberto Grau. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8ª edição, São Paulo. Malheiros. 2003.

GRAU, Eros; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. GRAU, Eros. **Constituição e Serviço Público**. pareceres (Direito Público), Porto Alegre, Livraria Sulina, 1963. p. 122.

HAYEK, Fiedrich August Von. **O caminho da servidão**. São Paulo : Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

LUCENA, Carlos Alberto. **Frederick August Von Hayerk e a teoria dos fenômenos completos: Uma análise marxista**. Educação e Filosofia Uberlândia, v. 25, n. 49, p. 173-200, jan/jun 2011.

MACHADO, Luiza Andrade. **Programas de leniência e responsabilidade civil concorrencial: o conflito entre a preservação dos interesses da leniência e o direito à indenização**. Revista de Defesa da Concorrência, vol.3, n. 2, novembro 2015.

MASSO, Fabiano Del. **Direito econômico esquematizado**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012.

MATSUSHITA, Thiago Lopes ; CAVALCANTI, R. C. . **Desenvolvimento econômico, democracia e críticas aos fundamentos ideológico-estruturais do capitalismo: uma análise através dos direitos humanos e da hipótese comunista de Alain Badiou**. REVISTA ESPAÇO JURÍDICO , v. 1, p. 1-26, 2019.

MATSUSHITA, Thiago Lopes . **O capitalismo humano e o paradigma dos direitos humanos na sociedade complexa**. In: MEDINA, Javier García; ISHIKAWA, Lauro; REPRESA, Marcos Sacristán; MATSUSHITA, Thiago Lopes. (Org.). Direitos Humanos - Diálogos ibero-americanos. 1ed.Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, v. 1, p. 1007-1020.

MENDES, Carlos Magno. Et al. **Introdução à economia**. 3 ed. rev. amp. – Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC; Brasília: CAPES :UAB, 2015.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico: A Intervenção do Estado na Economia à luz da razão pública e do pragmatismo /** prefácio de Daniel Sarmento. – 2ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NONATO, Renato Vicente. **Acordo de Leniência no Brasil: seus limites e ação de seus protagonistas**. Fundação Mineira de Educação e Cultura-Fumec. Belo horizonte, 2018. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/view/6755>. Acesso em: 15/05/2020.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

POLI, João Daniel; SOUZA, Luciano Costa. **O Processo de Concorrência Capitalista em Max.** Revista de Economia Política e História Econômica. Ano 15, número 42 – julho 2019.

POSSAS, Mario Luiz. **Eficiência seletiva: uma perspectiva neo-Schumpeteriana evolucionária sobre questões econômicas normativas.** Brazil. J. Polit. Econ. vol.24 no.1 São Paulo Jan./Mar. 2004 Epub June 17, 2020.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Os Fundamentos Contra o Antitruste.** Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 10ª Edição. Editora Saraiva. 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional Econômico.** 3ª Edição. São Paulo. Editora Método, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

REZENDE, Danielle Cristina da Mota de Moraes. **MEDIAÇÃO: Meios alternativos de resolução de conflitos e o amadurecimento social** – Goiânia / Prime, 2019.

SCALMON, 2014, p. 175-197

SILVA, Maria Valesca Damásio de C. **Introdução às teorias econômicas** / Maria Valesca Damásio de C.Silva. Salvador: UFBA, 2016.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução: Laura Teixeira Motta. 8ª edição. Ed. Companhia das letras. 2010.

SALES, Marlon Roberth. BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. **O Acordo de Leniência: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade.** Revista do Direito Público. Londrina v10, n.3, 2015, p.31. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/294108638> O acordo de Lenienciam a. análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade. Acesso em: 25/03/2020.

SANCHES, Sydney. **Direito Concorrencial – Manual de Práticas Concorrenciais.** Revisto e atualizado de acordo com a Lei 12.529/2011. Ed.Conjur, 2018.

SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO,

Ubirajara. **Comentários à Lei 12.846/2013**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. **A questão da justiça de Kelsen a Luhmann: do abandono à recuperação**. Tese de Doutorado – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2010.

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos; BAMBIRRA, Felipe Magalhães. Capítulo 1 - **Direito Econômico e Vagueza: o uso dos conceitos jurídicos indeterminados**. Norma, linguagem e teoria do direito : reflexões para a compreensão do direito do século XXI [livro eletrônico] / Organizadores Arnaldo Bastos Santos Neto e Geraldo Henrique Costa Barbosa de Almeida. – 1. ed. – Goiânia : Editora Espaço Acadêmico, 2020. 228 p. ; E-book.

SCALCON, Raquel Lima. **Doutrina do “Direito e Desenvolvimento” e a expansão do Direito Penal Econômico no Brasil: Reflexões a partir do crime de evasão de divisas**. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 110/2014 | p. 175 - 197 | Set - Out / 2014 | DTR\2014\18441.

SILVA, Francisco G. MARTINELLI, Luís Alberto Saavedra. **Introdução à Economia**. Ministério da Educação. Instituto Federal Paraná. Curitiba-PR. 2012.

SILVA, Hamilton. 2º Post: **A Escola de Viena (ou Escola Psicológica Austríaca) e a teoria da utilidade marginal**. Disponível em: www.hamiltonsilva.com.br/2012/11/2-post-escola-de-viena-ou-escola.html. Acesso em: 15/05/2020.

SOLON, Ari Marcelo. ZATZ, Rebecca. **Acordo de Leniência – Possibilidade de Expansão**. Migalhas de peso. 8 de novembro de 2012. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/167050/acordo-de-leniencia-possibilidade-de-expansao#:~:text=Na%20Europeia%2C%20por%20sua%20vez,penalidades%20para%20a%20pessoa%20singular>. Acesso em: 10/07/2020.