

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”

Juliana Bortoletto Lino dos Santos

A efetivação do princípio da eficiência no processo administrativo antitruste:
o acordo de leniência como garantidor do interesse público

Uberlândia

2018

Juliana Bortoletto Lino dos Santos

A efetivação do princípio da eficiência no processo administrativo antitruste:
o acordo de leniência como garantidor do interesse público

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Keila Pacheco Ferreira

Uberlândia

2018

Juliana Bortoletto Lino dos Santos

A efetivação do princípio da eficiência no processo administrativo antitruste:
o acordo de leniência como garantidor do interesse público

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Uberlândia, de julho de 2018

BANCA EXAMINADORA:

Prof^ª. Dr^ª. Keila Pacheco Ferreira
Orientadora – Universidade Federal de Uberlândia (UFU)

Prof^ª Tharuelssy Resende Henriques
Universidade Federal de Uberlândia (UFU)

Yuri Gonçalves dos Santos Rodrigues
Mestrando - Universidade Federal de Uberlândia (UFU)

RESUMO

Objetiva o presente trabalho discorrer a respeito do acordo de leniência, buscando apurar seu conteúdo e eficácia, bem como os fundamentos principiológicos que justificam a sua aplicabilidade. O poder econômico frequentemente é utilizado de forma abusiva no mundo capitalista, sendo necessária a atuação do Estado para coibir seu abuso, garantindo a livre iniciativa concorrencial. Para tanto, foi promulgada a Lei 8.884/94, posteriormente alterada pela Lei 12.529/2011, a atual Lei de Defesa da Concorrência, possuindo o intuito de combater as distorções no mercado, estabelecendo, por conseguinte, sanções aos infratores. Tal intervenção estatal, no que se refere ao antitruste, deve ser materializada através de processo administrativo apto a ensejar a proteção dos interesses difusos e a tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana. Nesse contexto, torna-se imprescindível a análise da consensualidade, que exsurge na Administração Pública contemporânea como forma diligente e democrática de realização do interesse público. Assim, o acordo de leniência expressa essa busca pelo consenso que deve operar, sempre que possível, entre o Estado e a sociedade. O acordo contribui, sobretudo, para a otimização da investigação antitruste e, outrossim, para uma maior efetividade da repressão às práticas anticompetitivas, o que amplia significativamente a proteção dos interesses difusos tutelados pela lei Lei 12.529/2011.

Palavras-chave: Processo administrativo antitruste. Princípio da eficiência. Acordo de leniência. Interesse público.

ABSTRACT

The aim of this study is to analyze the agreement on leniency, trying to determine their content and effectiveness and the principles arguments justifying its applicability. The economic power is often used in an improper manner in the capitalist world, requiring the performance of the state to curb its abuse by ensuring the free enterprise competitive. To guarantee this, it was promulgated the Law 8.884/94, posteriorly altered by the Law 12.519/2011, the current antitrust law, with the aim of tackling the distortions in the market, setting therefore penalties on violators. This state intervention, with regard to antitrust, should be materialized through administrative process able to rise to protection of diffuse interests and the protection of fundamental human rights. In this context, it is imperative to analyze the consensus, which appears in Public Administration as a contemporary form of democratic and diligent pursuit of the public interest. Thus, the agreement of leniency expressed this search for consensus that it should operate, where possible, between state and society. The agreement helps, particularly for the optimization of the antitrust investigation and, instead, for greater effectiveness of anti-repression practices, which significantly expands the protection of diffuse interests protected by law 12.529/2011.

Keywords: Antitrust Administrative Process. Agreement on Leniency. Efficiency principle. Public Interest.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico
SDE	Secretaria de Direito Econômico

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	DIREITO ANTITRUSTE CONSTITUCIONAL	8
2.1	Contextualização histórica do surgimento do Direito Antitruste: a intervenção estatal no domínio econômico	11
2.2	A ordem econômica constitucional brasileira: princípios da livre iniciativa e livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico	14
2.3	A defesa da concorrência no Brasil e a Lei 12.529/2011	20
3	ASPECTOS DA SISTEMÁTICA PROCESSUAL ADMINISTRATIVA	25
3.1	Conceito e considerações sobre o “interesse público”	29
3.2	O princípio da eficiência	34
3.3	Atuação administrativa consensual	36
4	A CONSENSUALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO ANTITRUSTE SANCIONADOR PREVISTO PELA LEI 12.529/2011	42
4.1	Acordo de leniência como instrumento de realização do interesse público e de efetivação do princípio da eficiência	47
5	CONCLUSÃO	51
	REFERÊNCIAS	54

1 INTRODUÇÃO

Durante a segunda metade do século XIX a sociedade brasileira passou por importantes mudanças nos âmbitos políticos e sociais, verificando-se o fenômeno do “surto industrial”. Nesse contexto, o intuito da política econômica consistia no desenvolvimento da indústria nacional e, conseqüentemente, via-se a necessidade de concentração dos agentes econômicos, o que fortalecia uma concepção negativa do direito antitruste, que contrastava diretamente com a política econômica industrial.

No entanto, como resultado da continuidade das transformações referidas, na primeira metade do século XX o Estado passou a sustentar a necessidade de intervenção no domínio econômico a fim de preservar o seu próprio mercado. Desse modo, passou a ser mitigada a ideia de que o antitruste seria prejudicial à política econômica de incentivo ao desenvolvimento industrial, fator que levou à interpretação de que tal aparato consiste, na realidade, em um aglomerado de normas tendentes não só a evitar ou dirimir os efeitos prejudiciais do liberalismo, mas também, e sobretudo, em um importante mecanismo de concretização de políticas públicas.

Assim, surge no Brasil a Lei 8.884/94, a chamada “Lei da Concorrência” ou “Lei Antitruste”, posteriormente revogada em parte pela Lei 12.529/2011, a nova Lei de Defesa da Concorrência, cujo objetivo primordial é a prevenção e repressão do domínio econômico, de modo a combater as práticas anticoncorrenciais tão corriqueiras e prejudiciais nacionalmente. A Lei 12.529/2011 prevê, ainda, um detalhado processo administrativo adequado para que as medidas combativas, preventivas ou repressivas, sejam aplicadas de maneira eficiente.

Analisando-se o outro aspecto das transformações sociais e políticas que culminaram na criação das previsões legislativas referidas, verifica-se, nesse contexto, um maior anseio na seara administrativa de participação dos administrados no processo de tomada de decisões da Administração Pública, passando a ganhar destaque a consensualidade administrativa em detrimento da unilateralidade, o que certamente contribuiu de maneira expressiva para o desenvolvimento e atendimento das vontades individuais de forma coletiva, como também para a concretização do princípio da supremacia do interesse público.

O instrumento mais eficiente encontrado para a promoção dessa maior inserção dos administrados e da consensualidade na seara administrativa se deu com a criação do chamado “Acordo de Leniência”, que possui previsão específica no art. 86 da Lei 12.529/2011. Trata-se o Acordo de Leniência de um instituto do direito processual antitruste sancionador usado como

meio de obtenção de provas, visando, principalmente, a concretização do princípio da eficiência.

Assim, com o presente trabalho objetiva-se analisar os aspectos do Acordo de Leniência como instrumento para a concretização do princípio da eficiência e garantia do interesse público, considerando, ainda, o acordo como uma forma de exercício da pretensão punitiva estatal de forma consensual.

No primeiro capítulo será realizada uma contextualização histórica do surgimento do Direito Antitruste, explicitando-se como se iniciou a intervenção estatal no domínio econômico, como também será feita uma elucidação acerca dos princípios constitucionais que balizam o direito econômico brasileiro, quais sejam, o princípio da livre concorrência e da repressão ao abuso do poder econômico, e, ainda, sobre o processo administrativo previsto na Lei 12.529/2011 para a defesa da concorrência no Brasil.

No segundo capítulo far-se-á uma análise sobre os aspectos principiológicos que permeiam a matéria, notadamente algumas considerações sobre o interesse público e sobre o princípio da eficiência de maneira geral, e, ainda, sobre o funcionamento da consensualidade no processo administrativo, bem como sobre a eficiência especificadamente no âmbito da Administração Pública.

Por fim, no terceiro e último capítulo será realizada uma reflexão sobre o Acordo de Leniência no âmbito do processo administrativo sancionador antitruste, considerado como forma da expressão da pretensão punitiva estatal, e, também, como garantidor do interesse público, e, portanto, como forma de consecução da concretização do princípio da eficiência. Assim, considerando a gravidade das práticas anticoncorrenciais, será feita uma análise sobre a eficácia da função estatal de realização do interesse público através dos acordos de leniência no que tange ao combate e desestímulo das referidas práticas.

O método de abordagem a ser utilizado para a análise da temática proposta é o dedutivo. Quanto à técnica de pesquisa, utilizar-se-á o tipo de pesquisa bibliográfico, com análise das legislações pertinentes, da Constituição Federal, doutrinas e artigos científicos relacionados ao tema.

2 DIREITO ANTITRUSTE CONSTITUCIONAL

O Direito Antitruste é o ramo do Direito Econômico que objetiva regular as relações de mercado entre os agentes econômicos, prestigiando a liberdade concorrencial como fator fundamental para a tutela da coletividade diretamente prejudicada pelas práticas anticoncorrenciais, considerando, especialmente, a vulnerabilidade dos consumidores na sociedade capitalista¹. Destaca-se que o fato de o Direito Antitruste ser um ramo do Direito Econômico não o afasta de uma análise alinhada aos princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição da República. Em sentido contrário, ao constituir um aparato de concretização das políticas públicas e de tutela dos direitos da coletividade e atendimento ao interesse público, o Direito Antitruste torna-se fundamental para a concretização de direitos básicos a uma existência digna da pessoa humana, o que revela seu caráter nitidamente constitucional.

Neste diapasão, pode-se dizer que o aspecto constitucional de que é dotado o Direito Antitruste está intimamente relacionado às características e funções da Administração Pública de maneira geral, notadamente no que se refere à atividade punitiva ou sancionadora, destinada à averiguação e consequente punição de condutas irregulares praticadas pelos administrados², função exercida legitimamente através de diversos poderes a ela atribuídos.

Convém ressaltar, no entanto, que os administrados sujeitos à incidência dos poderes da Administração Pública são, no âmbito do Direito Antitruste, aqueles que exercem atividades ilícitas e prejudiciais à coletividade como um todo, e, também, a própria coletividade. Assim, observa-se uma dupla acepção no exercício da função pública especificamente na seara econômica, qual seja, a punição dos produtores e fornecedores que infringem as regras de concorrência, e, ao mesmo tempo, a tutela dos mais vulneráveis neste contexto, que são os consumidores, e, também dos produtores e fornecedores de menor poderio econômico, que são extremamente prejudicados por tais condutas.

Assim, considerando a vertente sancionadora do Direito Antitruste, tem-se que entre os poderes atribuídos à Administração Pública está o poder de polícia, que é justamente aquele que legitima a atuação punitivo-sancionadora administrativa, especialmente no que tange à limitação do exercício dos direitos e liberdades individuais quando necessário, o que se faz

¹ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 61.

² GILBERTO, André Marques. *O processo antitruste sancionador: aspectos processuais na repressão das infrações à concorrência no Brasil*. São Paulo: Lex, 2010. p. 23.

justamente para tutelar o interesse público e a coletividade, especialmente os indivíduos mais prejudicados com as práticas combatidas pelo poder de polícia.

Salienta-se, ainda, que justamente em razão dos atuais princípios constitucionais que norteiam o Direito Econômico e, conseqüentemente, o Direito Antitruste, alguns autores fazem uma ressalva sobre a correta interpretação do conceito de poder de polícia. Assim, Caio Tácito destaca que o conceito sofreu uma evolução consoante as modificações sociais e econômicas, sendo que a velocidade do crescimento econômico tornou imprescindível a presença estatal para balizar o exercício dos direitos individuais.³ No mesmo sentido, Marcelo Harger corrobora a noção de que os processos restritivos de direitos, que são aqueles que impõem restrições de direitos aos particulares, fundamentam-se, na maioria das vezes, no uso do poder de polícia pela Administração pública, através do qual são feitas imposições de obrigações de fazer ou não fazer aos administrados.⁴

Entretanto, é facilmente perceptível que, nas últimas décadas, as práticas anticoncorrenciais estão se tornando cada vez mais organizadas e concatenadas, gerando obstáculos à identificação dos infratores praticantes dessas atividades ilícitas para que sejam devidamente punidos. Com a verificação de tal situação, a própria Administração Pública precisou se reestruturar para realmente atender ao interesse público em sua mais ampla acepção, o que ocorreu notoriamente com o incremento da consensualidade no âmbito administrativo, e, conseqüentemente, nos processos regulados pelo Direito Antitruste.

Assim, observa-se que o referido ramo do Direito Econômico, por possuir o fim precípua de atender ao interesse público e propiciar a concretização dos direitos fundamentais e norteadores da ordem econômica previstos constitucionalmente, sempre se atualiza e utiliza todos os mecanismos possíveis para que a dignidade da pessoa humana, amplamente considerada, não seja somente uma expressão escrita e sem aplicação prática, buscando sempre o ideário da igualdade não só formal, mas também material.

Ademais, a Constituição da República Federativa do Brasil, sistematicamente considerada, é dotada da chamada “supremacia constitucional” na hierarquia da pirâmide jurídica⁵, o que corrobora a noção de que os postulados constitucionais devem ser aplicados na interpretação infraconstitucional, o que ocorre no caso da Lei Antitruste Brasileira. Assim,

³ TÁCITO, Caio. Princípio da legalidade e poder de polícia. *Revista de Direito*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, p. 18, jul./dez. 2001.

⁴ HARGER, Marcelo. *Princípios constitucionais do processo administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 70.

⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: C. Bastos, 2002. p. 173.

sustenta-se que a aplicação da referida Lei é fortalecida em termos de validade jurídica ao resultar de uma interpretação em consonância com a Constituição Federal.⁶

Ressalta-se, também, que os princípios constitucionais balizadores da ordem econômica encontram-se, em sua maioria, concatenados implícita e explicitamente nos artigos 170 e seguintes da Constituição Federal de 1988, bem como de maneira esparsa ao longo do texto constitucional. Neste diapasão, destacam-se os princípios explícitos da livre concorrência e da livre iniciativa, bem como a busca da repressão ao abuso do poder econômico, temas que serão abordados no decorrer da presente explanação.

Por fim, sustenta-se a existência de uma verdadeira “Constituição econômica”, compreendida como o sistema ou conjunto de normas jurídicas que tem como critério unificador o dado econômico ou a regulação da economia e que possui uma dupla acepção: o aspecto formal e outra material. Em seu aspecto formal compõe-se das normas constitucionais que regem o sistema econômico e os princípios básicos das instituições econômicas. Lado outro, a dimensão material abrange todas as normas jurídicas constitucionais ou não que disciplinam a vida econômica.⁷

A chamada “Constituição Econômica” pode ser definida, portanto, como o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, institui uma dada forma de organização e funcionamento da economia, constituindo, de tal forma, uma determinada ordem econômica. Assim, ela propicia a conversão do regime econômico em ordem jurídico-econômica, cuja finalidade será a de estabelecer os princípios e regras informadores das normas que regerão as relações econômicas sob duas perspectivas: a ordem jurídico-econômica aceita e acolhe o regime econômico existente, adotando-o como base de toda a organização que a norma implanta ou a ordem jurídico-econômica procura criar um novo regime econômico.⁸

Dessa forma, ante todas as considerações realizadas sob o aspecto constitucional jurídico que permeia a matéria, resta clara a estrita correlação existente entre o Direito Antitruste como ramo do Direito Econômico e os princípios balizadores dos direitos fundamentais do ser humano, o que se diz a respeito também do Direito Administrativo, que rege o processo administrativo sancionador antitruste consoante as normas constitucionais, razão pela qual sustenta-se a necessidade de que as condutas dos agentes econômicos sejam

⁶ GABAN; DOMINGUES, 2012, p. 40.

⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 204.

⁸ FONSECA, João Leopoldino da. *Direito econômico*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 69.

reguladas de forma cada vez mais efetiva, fortalecendo ainda mais a concepção de que o Direito Antitruste é fundamental para a concretização dos direitos fundamentais.

2.1 Contextualização histórica do surgimento do Direito Antitruste: a intervenção estatal no domínio econômico

Embora atualmente o Direito Antitruste tenha uma importância reconhecidamente inquestionável, nem sempre este ramo do direito foi aceito e aplicado de maneira efetiva, sendo possível observar diversas modificações em sua estrutura e aplicação ao longo do tempo e da própria evolução do ordenamento jurídico no qual está inserido.

Mostra-se necessário ressaltar que as normas reguladoras das práticas dos agentes econômicos existem desde a antiguidade, ainda que não houvesse, naquele momento, conceitos como “liberdade concorrencial”, “domínio econômico”, ou uma noção bem delimitada do que seriam as chamadas práticas anticoncorrenciais, tampouco uma concepção específica sobre a lesividade gerada por tais práticas para os produtores e fornecedores que não as aderiam e para os consumidores, principais vítimas das referidas condutas.

Desse modo, as normas reguladoras surgiram concomitantemente ao surgimento e desenvolvimento do comércio, e somente posteriormente passaram a ser identificados o fenômeno da concorrência e suas conseqüentes anomalias, observadas, por exemplo, através do monopólio de determinada produção por um produtor ou pela influência que alguns produtores exerciam sobre o preço das mercadorias.

Num primeiro momento, destaca-se que em plena Revolução Industrial o livre mercado era entendido como a possibilidade de captação de novos consumidores, possuindo o agente econômico liberdade para praticar o comércio e a atividade industrial da forma como achasse mais favorável, de modo que a principal função do Estado neste contexto seria apenas a de neutralizar os conflitos a fim de propiciar a continuidade das relações de mercado, e, desta forma, favorecer a liberdade concorrencial.

Neste primeiro momento, marcado pela força do liberalismo, ganha destaque a concepção ideológica de Adam Smith, consoante a qual a ampla liberdade individual no âmbito econômico, a livre iniciativa e a concorrência consistiam em princípios basilares para conciliar os interesses individuais e coletivos, os quais, em conjunto com a mínima intervenção estatal na economia, propiciariam o progresso social.

A atuação estatal na economia possuía, assim, caráter omissivo, de modo que o mercado regularia a si próprio, estando a economia sujeita a leis naturais que levariam espontaneamente

a uma situação de equilíbrio entre os integrantes do mercado, propiciando resultados positivos para toda a sociedade, razão pela qual o Estado não deveria interferir no funcionamento do mercado e na dinâmica econômica, sobretudo no âmbito legislativo. Poderia, no máximo, intervir de maneira residual⁹, apenas para garantir a livre concorrência entre os agentes econômicos e o direito à propriedade privada quando esta fosse ameaçada por conflitos sociais.

O entendimento predominante à época acerca da intervenção estatal na econômica e sua relação com os efeitos sobre a concorrência neste momento histórico podem ser sintetizados de forma eficiente pelo seguinte trecho da obra de Forgioni:

A concorrência passa a ser encarada como a solução para conciliar a liberdade econômica individual com o interesse público: preservando-se a competição entre os agentes econômicos, atende-se ao interesse público [...] ao mesmo tempo em que se assegura ao industrial ou comerciante a mais ampla liberdade de atuação, com a concorrência evitando qualquer comportamento danoso à sociedade.

A concorrência é o antídoto natural contra o grande mal dos monopólios, apta a regular o mercado, conduzindo-se ao bem estar social, sem a necessidade de intervenção estatal, ou seja, a existência do livre mercado seria assegurada sem que se precisasse de maior atuação exógena. Por esse motivo, nesse momento histórico, não havia maiores preocupações em se impor limites à liberdade de concorrência.¹⁰

No entanto, a evolução histórica e a ascensão do capitalismo como modelo econômico consolidado evidenciaram o declínio dos princípios basilares do liberalismo, sobretudo no que tange à autorregulação dos mercados, caracterizada pela ampla liberdade de atuação dos agentes econômicos. Tal mudança deve-se às próprias transformações verificadas no capitalismo ao longo do século XIX, que culminaram na constatação do surgimento do novo poder econômico das empresas inseridas nos mercados. Ou seja, de forma paralela ao poder estatal passou a vigorar o poder econômico, identificado como fruto do capitalismo e das novas estratégias comerciais das empresas atuantes nos mercados nacionais, bem como do desenvolvimento do comércio internacional.

Neste diapasão, de maneira correlata ao desenvolvimento do capitalismo, as inconsistências do liberalismo e a ineficácia de suas premissas, tais como a autorregulação dos mercados e a equitativa distribuição dos benefícios econômicos, ocasionaram uma modificação na atuação estatal no que concerne ao domínio econômico. Verifica-se, assim, que a teoria liberal de Adam Smith passa a ser substituída por uma atuação mais ostensiva do Estado, que

⁹ GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem econômica constitucional e direito antitruste*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004. p. 24.

¹⁰ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 58-59.

preza por uma institucionalização do regime do intervencionismo notadamente em regramentos jurídicos concernentes à propriedade e aos contratos.

Nesse ínterim, a concentração empresarial é identificada como fator determinante para o surgimento do Estado intervencionista, uma vez que as disfunções geradas por tal concentração ocasionaram, conseqüentemente, uma reestruturação nas funções estatais, passando o Estado a intervir no domínio econômico para garantir os fins econômicos de interesse geral. Nesse sentido, entende-se que a concentração econômica ocasionou profundas mudanças no sistema jurídico, as quais, conseqüentemente, evidenciaram questões problemáticas do ultrapassado modelo ideológico baseado nas premissas da igualdade e da liberdade. Por tal razão, afirma-se que o fenômeno concentracionista ocasionou uma incisiva alteração na tipologia das relações sociais, ocasionando uma nova juridicização do fato econômico.

Portanto, o Direito Antitruste é exatamente o resultado jurídico dessas modificações, surgindo como a solução jurídica para proteger a liberdade concorrencial em um contexto de concentração capitalista. Assim, a fim de evitar que a concentração econômica inviabilizasse a dinâmica do mercado, bem como em razão da necessidade de se preservar a força econômica estatal, o Direito Antitruste surge com o objetivo de direcionar essas novas relações.

Em uma perspectiva mais ampla, o Direito Econômico é compreendido como o conjunto de regras e princípios jurídicos que direcionam a intervenção do Estado sobre a questão econômica em suas diversas modalidades, tanto para regular as falhas e problemas do mercado e do sistema econômico, quanto para determinar metas e objetivos de valores políticos e sociais positivados na ordem econômica constitucional. O Direito Econômico seria, portanto, um “sistema normativo informado e delimitado por um conjunto de normas ou sistemas de normas que encontra os seus princípios fundamentais na Constituição, na Ordem Econômica Constitucional.”¹¹

Há entendimento, ainda, no sentido de que o objeto do Direito Econômico pode ser definido como o conjunto de regras e princípios jurídicos que objetivam viabilizar a implementação de políticas públicas, instituídas em políticas econômicas e sociais¹². A expressão “políticas públicas” neste contexto, representa um verdadeiro comprometimento público estatal, traduzido num conjunto de ações coletivas direcionadas à garantia e efetivação de direitos sociais e econômicos. Assim, a fundamentação das políticas públicas consiste

¹¹ BORGES, Alexandre Walmott. *A ordem econômica e financeira da Constituição e os monopólios: análise das alterações com as reformas de 1995 a 1999*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 218.

¹² GOMES, 2004, p. 43.

justamente no chamado Estado social, que possui como obrigação e fim precípuos a concretização dos direitos fundamentais positivos, que são aqueles que exigem uma prestação positiva por parte do Poder Público.

Portanto, conclui-se que, após tantas modificações sociais e econômicas, hodiernamente a intervenção estatal na economia justifica-se a partir do incremento de políticas econômicas que objetivam a garantia da liberdade concorrencial no mercado, assegurando-lhe estabilidade e reprimindo condutas prejudiciais, tais como os monopólios e os abusos do poder econômico, propiciando, dessa forma, a máxima realização dos princípios constitucionais da livre iniciativa e liberdade de concorrência.

2.2 A ordem econômica constitucional brasileira: princípios da livre iniciativa e livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico

Inicialmente, ressalta-se que o conceito de ordem no Direito pode ser sintetizado na ideia de sistematização de princípios, sendo a ordem econômica o conjunto de princípios e instituições harmonicamente à disposição para atendimento das necessidades individuais e coletivas.¹³ Assim, a ordem econômica representa a normatização positivada e resultado jurídico do fenômeno econômico, tendo sido inserida nas Constituições em razão de sua importância para a organização e desenvolvimento do órgão estatal e da vida econômica.

Nesse sentido, a ordem econômica constitucional brasileira traduz-se justamente na ideia de que, dada a importância das relações econômicas e seus reflexos na vida em sociedade e na das pessoas individualmente consideradas, a inserção de diretrizes e mandados de otimização na Constituição mostrou-se indispensável, razão pela qual o texto constitucional de 1988 deu atenção especial à questão econômica, o que pode ser observado a partir do artigo 170 da Constituição Federal. Ressalta-se, neste contexto, que, entre os princípios balizadores e diretrizes da ordem econômica constitucional brasileira será realizada a seguir uma explanação mais enfática sobre três deles, que são os mais pertinentes ao tema em análise: a livre iniciativa, a livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico.

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da livre iniciativa como base de sua ordem econômica, considerando-se, para tanto, o termo “livre iniciativa” como a liberdade para a realização de qualquer atividade negocial ou exercício de qualquer profissão, que, no entanto,

¹³ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 182-183.

é limitada por algumas obrigações previstas legalmente, tais como o pagamento de taxas e sujeição às normas regulamentares.¹⁴

Justamente em razão da imprescindibilidade de tal princípio constitucional, sua incorporação às legislações infraconstitucionais ocorreu de forma automática, o que se diz especialmente sobre a Lei 12.529/2011, que seguiu, neste aspecto, a antecessora Lei 8.884/94. Assim, o princípio ora em comento preconiza a manutenção das possibilidades reais de acesso e exercício de atividade econômica pelos indivíduos como consectário de sua liberdade econômica. Sustenta-se, ainda, que a livre iniciativa, na acepção de liberdade de iniciativa empresarial, abarca não somente a noção de liberdade para acessar o mercado, mas também a ideia de liberdade para permanecer no mercado, ou seja, a liberdade para exercer a atividade econômica sem uma interferência exacerbada do Estado e sem os obstáculos advindos de outros agentes econômicos do setor privado.

No entanto, torna-se essencial a ressalva de que, dada a interação inevitável entre os princípios no processo de concretização dos comandos inseridos no âmbito do discurso jurídico-positivo, a um princípio não pode ser dada validade absoluta por parte do intérprete no caso concreto, máxime que obviamente também incide sobre o princípio da livre iniciativa. Assim, a limitação ao exercício da livre iniciativa é necessária justamente em razão de prejuízos ao bem-estar econômico e social, e até mesmo à própria livre iniciativa individualmente considerada, que podem advir do exercício desmedido deste direito, o que ocorre, por exemplo, nos casos dos monopólios e exercício abusivo do poder de mercado.

Desse modo, assim como todos os princípios vigentes na ordem jurídica, a livre iniciativa não pode ser interpretada de maneira absoluta, exigindo uma ponderação com os demais princípios e demandando uma atenção estatal para que a liberdade econômica concedida pelo Estado a uns não viole direitos de outros indivíduos¹⁵, a fim de que a igualdade seja alcançada também sob o aspecto material, e não somente formal.

Ademais, analisando-se a Constituição Federal, verifica-se que a liberdade da livre iniciativa está imbricada à uma finalidade social, o que se diz a respeito da expressão “[...] conforme os ditames da justiça social [...]” contida no *caput* do art. 170 do texto constitucional, corroborando a tese de limitação de seu exercício. Relativamente a este aspecto social da livre iniciativa, destaca-se a preocupação na elaboração de normas com o intuito de garantir e proteger o acesso ao mercado, seja por meio de transações pecuniárias ou de disposição da força

¹⁴ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3./4. ed. São Paulo: Malheiros, 1997/1998. p. 225.

¹⁵ GABAN; DOMINGUES, 2012, p. 52.

de trabalho, como também a legitimação das atividades de polícia por parte do Estado, direcionadas à garantia de outro importante princípio para a edificação da ordem econômica constitucional brasileira, que é o princípio da livre concorrência, que será a seguir analisado.

Assim, a importância do princípio da livre iniciativa é nítida ao se observar a sua exaustiva previsão não só no texto constitucional, mas também infraconstitucionalmente. Além do *caput* do art. 170, que o coloca como fundamento da ordem econômica, o parágrafo único do mesmo dispositivo também contém implicitamente o referido princípio como basilar da ordem econômica constitucional brasileira. Da mesma forma, o princípio da livre iniciativa também aparece no art. 1º da Lei 12.529/2011, que o explicita como um ditame constitucional de observância obrigatória. Por fim, ressalta-se especialmente o art. 1º da CRFB/88, que elenca em seu quarto inciso a livre iniciativa como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, o que certamente demonstra a sua imprescindibilidade.

Passando-se à explanação sobre o princípio da livre concorrência, primeiramente faz-se necessária a realização de uma breve diferenciação deste princípio com o anteriormente abordado, o princípio da livre iniciativa. Destaca-se, primeiramente, que o princípio da livre concorrência é identificado como uma limitação à livre iniciativa, possuindo o primeiro uma natureza antagônica e ao mesmo tempo complementar relativamente ao segundo.¹⁶ Desse modo, o ponto nodal da diferenciação entre os dois princípios reside no fato de que o princípio da livre iniciativa consiste na projeção da liberdade individual na seara da produção, circulação e distribuição de riquezas, como também no livre acesso às atividades econômicas, enquanto que o princípio da livre concorrência representa justamente uma limitação e instrumentalização do exercício da liberdade de iniciativa.

O princípio da livre concorrência encontra-se insculpido nos arts. 170, IV, da Constituição da República, e 1º da Lei Antitruste Brasileira, possuindo caráter instrumental ao orientar como deve se dar o exercício da livre iniciativa, de modo a preservar condições favoráveis e adequadas à atuação dos agentes econômicos e, ao mesmo tempo, beneficiar os consumidores. Desse modo, como já salientado, o princípio da livre concorrência não consiste em uma decorrência do princípio da livre iniciativa, mas sim em um complemento e uma limitação simultaneamente, promovendo um equilíbrio ao inserir questões sociais como fatores limitantes à referida liberdade. Sustenta-se, ainda, que o resultado da interação entre os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência conduz, também, a uma espécie de

¹⁶ GABAN; DOMINGUES, 2012, p. 53.

liberdade, que, no entanto, será caracterizada por possuir um nível de responsabilidade e limitações.¹⁷

Ressalta-se, ainda, que relativamente ao *caput* do art. 170 da Constituição da República, o Supremo Tribunal Federal já explicitou em Ação Direita de Inconstitucionalidade que

Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros.¹⁸

Nesse ínterim, o princípio da livre concorrência possui o intuito de garantir aos agentes econômicos a liberdade de atuar no mercado de uma maneira correta e honesta, sendo vedadas restrições artificiais ou ilegais à entrada de novas empresas no mercado ou ao desenvolvimento da atividade empresarial ou comercial, de modo que a regulamentação da economia é estritamente necessária para a garantia dessa liberdade de acesso ao mercado.

De acordo com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), o princípio ora em comento lastreia-se na premissa de que a concorrência não pode ser limitada por agentes econômicos com poder de mercado. Portanto, em um mercado em que há concorrência entre os produtores de um bem ou serviço, os preços aplicados tendem a se manter nos menores patamares possíveis e as empresas tentam incessantemente obter formas de se tornarem mais eficientes, com o fim precípua de aumentarem seus lucros. Sendo os lucros conquistados e difundidos entre os produtores, ocorre um consequente ajuste nos preços que beneficia o consumidor. Desse modo, a livre concorrência garante, de um lado, os menores preços para os consumidores e, de outro, o estímulo à criatividade e inovação por parte das empresas.¹⁹

Desse modo, o princípio da livre concorrência é fundamental para a economia de mercado, demandando regras e todo um aparato estatal apto a fiscalizar a ordem econômica para reprimir o abuso do poder econômico e inviabilizar a prática de condutas anticoncorrenciais. Em outras palavras, consoante a lógica do princípio da livre concorrência a competição entre os agentes econômicos e a liberdade de escolha dos consumidores propiciam

¹⁷ GABAN; DOMINGUES, 2012, p. 54.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Serviço de Jurisprudência. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 319-4. Distrito Federal. Questão de Ordem. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 30 abr. 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=918>>. Acesso em 15/05/2018.

¹⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Perguntas gerais sobre defesa da concorrência*. Brasília, DF, 19 jan. 2016. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrencia>> . Acesso em: 15 maio 2018.

os melhores resultados sociais possíveis, ocasionando o aumento da qualidade dos bens e serviços colocados à disposição no mercado, bem como a prática de preços justos. Os agentes econômicos, porém, não possuem apenas o direito subjetivo de competir no mercado, mas também, e sobretudo, o dever jurídico de não adotarem práticas entendidas pela legislação antitruste como anticoncorrenciais, sob pena de sobre eles recair a ação disciplinadora e punitiva estatal.

Convém destacar, ainda, a explanação de Shirlei Silmara de Freitas Mello acerca do importante princípio ora analisado:

A livre concorrência deve, nesse contexto, ser defendida no local em que esteja sendo distorcida por práticas nocivas, mas deve também ser cultivada e incentivada nesses setores. Isso porque a livre concorrência constitui um dos princípios reguladores da ordem econômica, o que impede a própria Administração Pública de suprimi-la ou, sem que aponte fundamento legítimo, impor restrições aos administrados.²⁰

Portanto, nesta linha de raciocínio, para que a livre concorrência possa funcionar, na expressão utilizada por Paula A. Forgioni²¹, como “concorrência-instrumento” a fim de assegurar a todos existência digna e conforme os ditames da justiça social, torna-se imprescindível a existência de uma legislação apta a evitar a ocorrência de práticas prejudiciais à livre concorrência e que ferem o direito subjetivo daqueles indivíduos que, ao entrarem no mercado, o fazem com a convicção da proteção dos princípios da Constituição referente ao livre mercado.

Enfim, considerando a recorrência e repetibilidade das práticas anticoncorrenciais hodiernamente, uma das medidas mais necessárias para que seja destinada aos indivíduos submetidos às condutas do mercado a devida tutela consiste na repressão ao abuso do poder econômico, compreendido como um importante ditame constitucional e balizador da ordem econômica, o que será explicitado a seguir.

Inicialmente, destaca-se que o poder econômico se traduz na possibilidade de exercício de uma influência notória e de maneira presumível pela empresa dominante sobre o mercado, que inevitavelmente influencia a conduta dos demais concorrentes. Em outras palavras, consiste na possibilidade de ação individual por parte de um agente econômico ao exercer uma involuntária ingerência sobre os seus concorrentes, ainda que a conduta deles

²⁰ MELLO, Shirlei Silmara de Freitas et al. Acordo de leniência: a lógica do consenso na proteção dos interesses difusos tutelados pela lei antitruste. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, Uberlândia, v. 36, p. 583, jan. 2008.

²¹ FORGIONI, 2012, p. 75.

seja independente em certo nível. Desse modo, chega-se à clara conclusão inicial de que o poderio econômico legitimamente auferido não é vedado pela legislação nacional.²²

Lado outro, o poder econômico exercido de forma abusiva não é acatado como legítimo e legal pelo ordenamento jurídico vigente, de modo que sua caracterização configura uma violação aos princípios corolários da ordem econômica, especialmente aos princípios anteriormente abordados, da livre iniciativa e da livre concorrência. Outrossim, é expressamente proibido o abuso do poder econômico, ou seja, é vedada a utilização de uma posição vantajosa no que diz respeito à competição para benefício próprio em detrimento dos demais competidores, notadamente os mais vulneráveis e dotados de um diminuto poderio.

Consoante Sérgio Varella Bruna, o abuso do poder econômico é “a capacidade de determinar comportamentos econômicos alheios em condições diversas daquilo que ocorreria em regime concorrencial puro, que se expressa fundamentalmente através da capacidade de controlar preços de mercado.”²³. Assim, o abuso do poder econômico possui diversos aspectos, sendo toda forma de atividade de eliminação da concorrência, domínio dos mercados ou aumento arbitrário dos lucros. Nota-se, ainda, que o abuso do poder econômico não ocorre apenas no exercício do poder daquele que detém o capital, mas também daquele que controla a técnica pertinente.

Ademais, a posição de poder econômico, em regra, cria para os demais competidores, consumidores ou mesmo agentes atuantes em outros mercados uma situação de sujeição à conduta e aos preços por ele impostos. Desse modo, para que a detenção de poder econômico seja legitimamente exercida, é imprescindível a ponderação e a verificação de que a conduta não se enquadra em fins contrários aos estabelecidos normativamente, conforme preceituado pelo §4º do art. 173 da Constituição de 1988 e infraconstitucionalmente. Especificamente sobre o âmbito infraconstitucional, destaca-se que o art. 36 da Lei 12.529/2011, seguindo o modelo constitucional, fixa hipóteses de incidência das normas sobre a repressão ao abuso do poder econômico.

Portanto, para que se mantivesse a garantia de um mercado justo e competitivo, a antiga Lei Antitruste Brasileira concedeu ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica poderes para reprimir e prevenir condutas de abuso do poder econômico, o que foi mantido na atual Lei Antitruste, a Lei 12.529/2011. O artigo 36 da referida Lei indicou as quatro

²² GABAN; DOMINGUES, 2012, p. 57.

²³ BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 171.

modalidades mais expressivas de abuso a serem combatidas, independentemente de culpa dos agentes, a saber: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; e exercer de forma abusiva posição dominante. Dessa maneira, o agente econômico que lesar o princípio da livre concorrência estará sujeito a punições administrativas e civis, conforme será melhor analisado no tópico seguinte.

2.3 A defesa da concorrência no Brasil e a Lei 12.529/2011

Preliminarmente, antes que seja realizada uma explanação de como ocorre a defesa da concorrência no Brasil atualmente, convém destacar brevemente sobre o histórico do referido sistema concorrencial nacionalmente, especialmente dos momentos mais marcantes e que influenciaram diretamente na formação da normatividade nacional contemporânea acerca da matéria. Ressalta-se que a evolução do sistema de defesa da concorrência no Brasil é compreendida como parte do processo de liberalização da economia que se deu gradualmente ao longo da história brasileira. Assim, a influência do liberalismo repercutiu de maneira peculiar no Brasil, de modo que ainda hoje a tutela da livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico ocorrem de maneira bastante típica, diversamente dos demais ordenamentos jurídicos que também se atentam à referida tutela.²⁴

Desde os tempos do colonialismo brasileiro a organização da atividade econômica sofreu forte influência da intervenção estatal, marcada pela atuação da Coroa sobretudo na cobrança de impostos para manutenção de sua soberania fiscal. No entanto, é a partir da Constituição de 1934 que a intervenção estatal na economia passou a ser regulamentada, destacando-se, nesse sentido, o art. 115 do texto, que dispunha, *in verbis*: “Art. 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”. Assim, observa-se que já na primeira Constituição que tratou expressamente da liberdade dos agentes econômicos havia uma preocupação com a questão social.

Passando de um contexto em que o Brasil sofria os efeitos da crise de 1929 e, portanto, precisava regular sua economia de maneira mais assídua, a Constituição de 1937 foi outorgada com inspiração nitidamente fascista, contendo a seguinte previsão em seu art. 135:

²⁴ FORGIONI, 2012, p. 86.

Art. 135. Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção 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 art. 141 do mesmo texto constitucional previa, por sua vez, a proteção à economia popular como princípio. A fim de regulamentar o referido dispositivo, o Decreto-lei 869/1938, identificado como o primeiro diploma brasileiro antitruste, surge com uma função constitucional bastante definida, buscando a tutela da economia popular e, sobretudo, do consumidor. Essa constatação leva à conclusão de que, no Brasil, o antitruste não nasce em razão da necessidade de proteção da liberdade concorrencial em um contexto liberal, mas sim com o intuito de tutelar um interesse constitucionalmente protegido, que é o da coletividade, notadamente o do consumidor.²⁵

Seguindo a explanação acerca da evolução da intervenção estatal na economia brasileira, e, conseqüentemente, da tutela da concorrência em âmbito nacional, destaca-se também o Decreto-lei 7.666 de 1945, considerado a primeira lei brasileira de orientação antitruste, criado pelo então Ministro do Trabalho Agamennon Magalhães e conhecida como “Lei Malaia”. Entre as evoluções da referida previsão normativa ressalta-se a criação da Comissão de Defesa Econômica e a concessão de poderes ao governo para expropriar organizações que prejudicassem o interesse nacional. O referido decreto, no entanto, não vigorou em razão do desfazimento do ato de assinatura do presidente Getúlio Vargas quando foi deposto.

A Constituição Federal de 1946, por sua vez, trouxe de forma inaugural e expressa a previsão sobre a repressão ao abuso do poder econômico, consoante dispunha o art. 148 do texto constitucional:

Art. 148. 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 sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

²⁵ FORGIONI, 2012, p. 99.

A Lei 4.137/1962, que regulamentou o dispositivo acima mencionado, também teve grande importância ao criar o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão incumbido da apuração e repressão dos abusos do poder econômico e de relevância incontestável. O art. 2º da referida Lei ainda previa como abuso do poder econômico as seguintes práticas, na medida em que fossem capazes de produzir os seguintes resultados: domínio do mercado ou eliminação total ou parcial da concorrência; elevação sem justa causa dos preços, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros, sem aumentar a produção; condições monopolísticas ou abuso de posição dominante, com o fim de promover a elevação temporária dos preços; formação de grupo econômico. No entanto, a referida lei não foi tão eficientemente aplicada.

Após a promulgação da Constituição de 1988, que trouxe diversos princípios constitucionais balizadores da ordem econômica, como a livre iniciativa, a livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico, conforme já salientado anteriormente, em 1991 foi promulgada a Lei 8.158, que objetivava promover uma abertura do mercado brasileiro e a liberalização da economia. No entanto, somente com a entrada em vigor da Lei 8.884/94 foi sistematizada a matéria antitruste, aperfeiçoando seu tratamento legislativo, além de transformar o CADE em autarquia federal, dando-lhe destinação orçamentária própria. O sistema de tutela da livre concorrência inaugurado pela Lei 8.884/94 possuía um duplo enfoque de atuação, qual seja, o controle de estruturas e o controle de condutas anticoncorrenciais, preponderantemente o combate aos cartéis e ao abuso de posição dominante.

Chega-se, enfim, ao atual diploma antitruste brasileiro, a Lei 12.529 de 2011, que também seguiu o sistema híbrido de atuação trazido pela Lei antecessora, prevendo o controle de estruturas e de condutas e tipificando as infrações à ordem econômica em seu artigo 36. Assim, o citado dispositivo prevê que constituem infração à ordem econômica, independentemente de culpa, os atos que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; e exercer de forma abusiva posição dominante.

As medidas descritas na Lei ora analisada podem ser destinadas às pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou de direito privado, consoante prevê o artigo 31. Tal previsão evidencia a estrita legalidade estatal ao não limitar a atuação dos órgãos apenas às práticas de corporações privadas, mas abrangendo todos aqueles que de forma direta ou indireta influenciem no mercado econômico e consumerista de maneira prejudicial. O art. 32 também

da Lei 12.529/2011 vai mais além ao estender as práticas ilícitas contra a ordem econômica e suas devidas responsabilidades às pessoas jurídicas e físicas, tais como sócios, administradores, gerentes ou dirigentes, de forma solidária.

No que concerne à Lei Antitruste Brasileira, convém destacar, ainda, as alterações relativas ao CADE. Ressalta-se, inicialmente, que o CADE é responsável por julgar e punir administrativamente em instância única pessoas físicas e jurídicas que cometam qualquer tipo de infração à ordem econômica, não havendo possibilidade de recurso para outro órgão. Analisa, também, os atos de concentração, de modo a reprimir a excessiva concentração que impossibilita a concorrência. Assim, pode-se dizer que o CADE possui três funções: preventiva, repressiva e educativa.

O papel preventivo da autarquia corresponde basicamente à análise dos atos de concentração, ou seja, às análises das fusões, incorporações e associações de qualquer espécie entre agentes econômicos, com a ressalva de que tais atos de concentração não são ilícitos concorrenciais, e sim verdadeiros negócios jurídicos privados entre empresas. Lado outro, a função repressiva do CADE diz respeito à análise e repressão das condutas infrativas da ordem econômica, previstas na Lei 12.529/2011. Por fim, a função educativa consiste em instruir o público sobre a importância da concorrência, bem como sobre as condutas nocivas ao sistema econômico, ou seja, em difundir a cultura da concorrência. A norma que estava prevista no art. 7º, XVIII, da Lei 8884/94, que demonstrava o caráter pedagógico da autarquia, foi reproduzida na Lei 12.529 no art. 9º, XVIII, colocando como uma das competências do Plenário do Tribunal instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica.

Assim, relativamente às modificações trazidas pela Lei 12.529/2011, uma das alterações mais importantes diz respeito à obrigatoriedade de autorização pelo CADE para a realização de aquisições, incorporações, fusões, consórcios ou outra forma de concentração que envolva grupos econômicos, que tenham, de um lado uma empresa ou grupo econômico com faturamento bruto anual no último balanço de quatrocentos milhões e de outro lado, outra empresa ou grupo econômico com faturamento bruto anual no último balanço de trinta milhões.

A Lei 12.529 também reestruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e promoveu significativas mudanças na política de defesa da concorrência. O SBDC, conforme prevê o artigo 3º da Lei 12.529/2011, é composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), órgão vinculado ao Ministério da Fazenda. A Secretaria de Direito Econômico (SDE), órgão vinculado ao Ministério da Justiça e que era responsável por instruir a análise concorrencial dos atos de concentração econômica, foi extinta, e o CADE passou a ser responsável por instruir processos

de apuração de infrações à ordem econômica, assim como os processos de análise de atos de concentração.

Nesse sentido, sustenta-se que essa alteração trazida pela Lei 12.529 foi de grande relevância, uma vez que o CADE passou a poder tomar as devidas providências caso o negócio jurídico entre as empresas se mostre prejudicial a toda a sociedade e aos ditames da livre concorrência, corroborando o fato de 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.

Ademais, destaca-se que a composição do CADE também foi sensivelmente alterada pela Lei 12.529/2011, porquanto a lei anterior tratava apenas da competência do seu Conselho e do seu Plenário. Com o advento da Lei, a estrutura do CADE passou a ser composta pelos seguintes órgãos: Tribunal Administrativo da Defesa Econômica, Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos.

Realizando-se uma análise geral sobre as inovações trazidas pela Lei 12.529, chega-se à constatação de que seu intuito é promover por meio da legislação uma integração da Secretaria de Desenvolvimento Econômico com o CADE, com o objetivo de conferir maior celeridade e eficácia nas decisões dessa autarquia. Conclui-se, assim, que a reestruturação dessa autarquia, que visa reprimir as práticas abusivas do poder econômico junto ao Ministério da Justiça, trouxe um modelo mais adequado às relações atuais, possibilitando um ambiente de negócios mais concorrencial e justo.

3 ASPECTOS DA SISTEMÁTICA PROCESSUAL ADMINISTRATIVA

Para que seja realizada uma elucidação sobre o processo administrativo sancionador antitruste, mostra-se necessária uma explanação prévia acerca da processualidade administrativa de maneira geral, visto que o primeiro consiste em uma ramificação da segunda no âmbito do Direito Econômico. Para tanto, convém destacar a dinâmica da função administrativa e, também, as finalidades do processo administrativo como um todo, visto que tais premissas são aplicadas, igualmente, ao Direito Antitruste.

Ressalta-se, inicialmente, que a função administrativa consiste na atividade estatal infralegal que objetiva o atendimento dos interesses públicos albergados pelo ordenamento jurídico. Assim, o papel da função administrativa traduz-se em adotar as medidas adequadas ao atendimento do interesse público previamente definido mediante o uso do aparato administrativo estatal. Nesse sentido, destaca-se o conceito de função administrativa trazido por Lúcia Valle Figueiredo²⁶, de acordo com a qual a função administrativa consiste no dever de o Estado ou de quem lhe faça as vezes garantir o cumprimento dos comandos normativos, de maneira geral ou individual, para a realização dos fins públicos por meio de atos e comportamentos controláveis tanto internamente quanto externamente, neste último caso pelo Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas da União, atos estes revisáveis pelo Judiciário.

Convém destacar, ainda, que a existência de uma função restringe o exercício da autonomia de vontade, o que ocorre em razão da indisponibilidade da função pública exercida pela Administração, que a realiza com o fim precípua de atender o interesse público. Em decorrência de tal constatação, tem-se que a Administração Pública possui o poder-dever de agir utilizando-se das prerrogativas e poderes que o ordenamento jurídico lhe confere para o atendimento das finalidades públicas.

No que concerne ao exercício da função administrativa e a sua relação com a satisfação do interesse público, destaca-se a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁷:

Onde há função, pelo contrário, não há autonomia da vontade, nem liberdade em que se expressa, nem a autodeterminação da finalidade a ser buscada, nem a procura de interesses próprios, pessoais. Há adscrição a uma finalidade previamente estabelecida na lei, e, no caso de função pública, há submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou na lei e há dever de bem curar um interesse alheio, que no caso, é o interesse público; vale dizer, da coletividade como um todo, e não da entidade governamental em si mesma considerada.

²⁶ FIGUEREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 34.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 44.

Nesse sentido, salienta-se, também, que apenas parte da função administrativa é exercida através de um processo administrativo, tido como instrumento apto a assegurar o melhor cumprimento dos fins da Administração e a proteção dos direitos dos administrados e a sua participação na formação da vontade estatal. Em regra, os ordenamentos jurídicos impõem a formalização de todo o rito que conduz a atuação administrativa quando os atos têm repercussão na esfera de direitos dos seus administrativos ou restringem atividades, como, por exemplo, na decretação de sanções, disciplinares ou não, no consentimento de atividades que possam prejudicar terceiros ou a coletividade, e, ainda, quando a função administrativa sujeita-se, no seu exercício, à observância da igualdade entre administrados.

Portanto, como já explanado, a função administrativa é uma atividade infralegal, subordinada à legislativa, destinada à concretização dos interesses públicos e caracterizada pelo impacto concreto de suas atividades e caráter não definitivo de suas decisões, que são passíveis de controle interno e externo exercido pelos órgãos de controle e pelo Poder Judiciário. Sustenta-se, neste ponto, a estrita correlação existente entre a função administrativa e o processo administrativo e suas finalidades, conforme será demonstrado a seguir.

Inicialmente, ressalta-se que há diversas conceituações para o que seria o processo administrativo. Para Celso Antônio Bandeira de Mello²⁸, o processo administrativo consiste em uma “sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo”. Consoante a definição de Diógenes Gasparini,

Processo administrativo, em sentido prático, amplo, é o conjunto de medidas jurídicas e materiais praticadas com certa ordem cronologia, necessárias ao registro dos atos da Administração Pública, ao controle do comportamento dos administrados e de seus servidores, a compatibilizar, no exercício do poder de polícia, os interesses público e privado, a punir seus servidores e terceiros, a resolver controvérsias administrativas e a outorgar direitos a terceiros.²⁹

Desse conceito extrai-se que o processo administrativo é extremamente importante tanto para a Administração Pública, que através dele registra seus atos e a eles dá publicidade, quanto para os administrados, que têm assegurado um mecanismo de peticionar àquela entidade e de responder por um fato ou ato jurídico que lhe foi atribuído. Ademais, o processo administrativo, em conformidade com a Constituição Federal, deve ser conduzido em consonância com o princípio do devido processo legal, princípio este preceituado pelo art. 5º, LIV, da CRFB/88.

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 480.

²⁹ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 857.

Nesse ínterim, assegura-se ao cidadão o direito de peticionar ou de responder perante a órgãos do poder público consoante os ditames dos princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal, notadamente nos casos em que a instauração do processo se dá contra o cidadão.

No que tange às finalidades do processo administrativo, estas podem ser compreendidas sob a perspectiva da Administração Pública em si mesma, como também sob o enfoque do interesse do particular em obter o cumprimento da função administrativa pela Administração Pública, de modo que podem ser sintetizadas nas seguintes ideias: *a)* registro de ato da Administração Pública; *b)* controle da conduta dos seus agentes e administrados; *c)* compatibilização do interesse público e privado; *d)* outorga de direitos; e *e)* solução de controvérsias entre a Administração Pública e seus agentes ou administrados.

Assim, consoante o entendimento de Cármen Lúcia Antunes Rocha, é evidente a importância de que seja seguido o processo administrativo da forma devida, uma vez que, se não estiver juridicamente amparada a competência e formalmente realizada a atividade processual da Administração Pública, surge o que pode ser considerado um “poder punitivo informal”, exercido antijuridicamente por administradores atuando abusivamente. O processo administrativo revela a responsabilidade administrativa e permite que o exercício dessa atividade seja controlado em sua juridicidade e em sua legitimidade, razão pela qual não pode se dar o seu desempenho de maneira informal. Assim, qualquer comportamento administrativo deve ser desempenhado mediante um processo que observe os princípios fundamentais estabelecidos pelo sistema jurídico.³⁰

Nesse sentido, ressalta-se que a progressiva aproximação entre Administração e administrado verificada nas últimas décadas levou à necessidade de tornar conhecidos os modos de atuação administrativa e de oportunizar a participação do cidadão. O próprio aumento da ingerência estatal tem, como contrapartida, a exigência de fixação de parâmetros para a atividade administrativa, em especial a discricionária. Por outro lado, exigências relacionadas à cidadania e ao caráter democrático do Estado de Direito trazem em si a ideia de participação na gestão administrativa, conduzindo a uma especial atenção sobre os momentos que antecedem a edição das decisões administrativas.³¹

³⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, p. 201, jul./set. 1997.

³¹ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 16.

Consoante o entendimento exteriorizado por Roberto Dromi³², o processo administrativo disciplina, a um só tempo, o exercício das prerrogativas públicas, legitimando o exercício do poder da Administração, bem como o exercício de direitos subjetivos importantes por parte dos administrados, como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. Por isso, o processo administrativo apresenta uma tríplice face: é instrumento de exercício do poder, é instrumento de controle, e, ainda, é instrumento de proteção dos direitos e garantias dos administrados.

Ressalta-se que o advento do Estado Democrático de Direito e da gradativa inserção dos administrados no processo de tomada de decisões por parte da Administração Pública propiciaram o fenômeno chamado de “constitucionalização do Direito Administrativo”. Em decorrência deste fenômeno, a Constituição Federal passa a ser o parâmetro de atuação e de interpretação da Administração Pública, que precisa agir de acordo com os ditames constitucionais em todo e qualquer ato. Ademais, uma das mais importantes decorrências da constitucionalização do Direito Administrativo diz respeito à redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado e a ascensão do princípio da ponderação entre direitos fundamentais, conforme será explicitado no subcapítulo seguinte.

Desse modo, a ampla processualidade administrativa também se apresenta como uma das características da constitucionalização do direito, vista como uma forma de legitimar o processo e garantir a participação do cidadão na decisão administrativa final, com foco na consensualidade administrativa. Destina-se, assim, a limitar a atuação estatal e conferir previsibilidade ao processo administrativo legal, de forma a garantir e efetivar os direitos fundamentais das partes interessadas na relação jurídica administrativa. Desta forma, o núcleo comum dos princípios processuais constitucionais também integra o processo administrativo, ressaltando-se, neste ponto, o art. 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal, que preceitua a garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo.³³

Especificamente no que tange ao Direito Antitruste, o processo antitruste sancionador no Brasil pode ser definido como o conjunto de procedimentos estabelecidos pela Lei 12.529, bem como pela legislação direta e subsidiariamente aplicável à matéria, a serem seguidos fielmente pelas autoridades antitrustes nas atividades de repressão, investigação e punição de

³² DROMI, José Roberto. *Derecho administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996. p. 759.

³³ BARRETO, Carolina Pereira. *A constitucionalização do direito administrativo: os princípios processuais constitucionais no processo administrativo*. 27 mar. 2012. Publicado por barbara_montibeller no E-gov. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o-do-direito-administrativo-os-princ%C3%ADpios-processuais-constitucionais-no>>. Acesso em: 20 maio 2018.

condutas contrárias à ordem econômica, mas que está submetido, fundamentalmente, aos princípios constitucionais que regem a matéria processual, bem como aos princípios da ordem econômica constitucional brasileira.³⁴

Portanto, chega-se à constatação de que o processo administrativo, como instrumento de realização da função administrativa e de concretização de sua finalidade principal de efetivação do interesse público, possui notória relevância no âmbito do Direito Antitruste, porquanto a defesa da concorrência, tanto em seu aspecto preventivo quanto em uma perspectiva repressiva, também precisa observar os princípios processuais constitucionais para que as medidas tomadas pela Administração Pública sejam legítimas e realmente eficientes para a tutela do interesse público.

3.1 Conceito e considerações sobre o “interesse público”

Conforme já salientado, a chamada constitucionalização do Direito Administrativo promoveu uma consolidação da ideia de que este ramo do Direito deve estar sempre alinhado aos ditames constitucionais vigentes no ordenamento jurídico pátrio. Assim, uma das implicações deste fenômeno é a confirmação de que o fim precípua da Administração Pública consiste na realização do interesse público, bem como a necessidade de que, em muitas situações, este prevaleça sobre o interesse privado ou sobre os fins unicamente da máquina estatal institucionalmente considerada, além da necessidade de que esta realização do interesse público ocorra de modo a efetivar os direitos fundamentais da pessoa humana. Desse modo, faz-se necessária uma explanação acerca das conceituações e nuances relativas ao interesse público, o que será feito neste subcapítulo.

Embora o interesse público não possua um conceito muito bem definido, através da análise de diversas diretrizes é possível chegar-se a uma ideia do que representa tal interesse. No âmbito do Estado Democrático de Direito, a noção de interesse público consubstancia-se na medida e finalidade da função administrativa, apresentando-se como princípio legitimador dos atos da Administração Pública. Assim, o interesse público pode ser compreendido como produto das forças de uma dada sociedade consideradas em certo momento e espaço, de modo a concretizar o melhor valor de desenvolvimento de um maior número possível de pessoas dessa mesma sociedade. De um modo mais correlato ao Direito Administrativo, pode-se dizer que o interesse público é a finalidade de tutela estatal que se condiciona às concretizações destinadas

³⁴ GILBERTO, 2010, p. 80.

a quem demanda uma eficiente atividade estatal através de uma estrutura normativa, social e política definida pela Constituição Federal.

Desse modo, o interesse público define a priorização dos anseios e das necessidades de uma sociedade a partir de critérios temporais e espaciais para que as escolhas públicas possam ser tomadas para a concretização de um interesse público determinado ou determinável, mediante um constitucional procedimento administrativo estabelecido para o alcance deste específico objetivo. Assim, controlar a determinação de um interesse público a partir das escolhas administrativas exaradas para promover a sua realização é tarefa primordial do Estado, o que demanda uma adequada instrumentalização da atuação jurisdicional estatal para contemplar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, mediante o alcance da concretização do interesse público e dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello expõe que o interesse público seria uma projeção de interesses individuais e privados em um plano coletivo, ou seja, um interesse comum a todos os indivíduos e que representa o ideal de bem-estar e segurança almejado pelo grupo social.³⁵ Destaca-se, ainda, que o interesse público não configura o interesse próprio do Estado ou da Administração Pública, mas antes, e sobretudo, o interesse dos administrados de forma geral, não podendo a máquina estatal utilizá-lo como subterfúgio ou justificativa para atender aos próprios interesses, sem que estes sejam os mais benéficos à sociedade de maneira geral.

Assim exposto, conclui-se, neste primeiro momento, que o interesse público possui relevância jurídica quando é passível de determinação e concretização, uma vez que, do contrário, trata-se de discurso vazio e sem força jurídica vinculante. Desse modo, convém destacar que a atuação da Administração Pública precisa estar intimamente conectada com a realização e a promoção de um interesse público concreto ou concretizável, ou seja, trata-se de uma vinculação da qual não é possível ao administrador se desincumbir.

Seguindo este mesmo raciocínio, sustenta-se que apenas é possível conceber a realização de determinado interesse público pelo Estado com base em uma gestão pública voltada à programação de objetivos vinculados ao desenvolvimento sistêmico da sociedade que tutela e do cidadão que dele depende, de modo que o interesse público deve ser utilizado notadamente para a concretização dos direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente. Portanto, não há margem de liberdade para a Administração Pública no que tange ao seu dever de alcance e realização do interesse público, estando, na realidade, sempre vinculada aos fins das suas funções

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 53.

Desse modo, sustenta-se que a própria definição do que é o interesse público em dado tempo e sociedade também não fica a mercê do livre arbítrio da Administração Pública, sob pena de que se deturpe a própria finalidade pública. Nesse sentido é o entendimento de Gustavo Binimbojm, para quem a definição do que é interesse público e da defendida supremacia sobre os interesses particulares não deve ficar a cargo da Administração Pública, dependendo de “juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados.”³⁶

Ressalta-se, ainda, que a realização do interesse público se consubstancia, ao mesmo tempo, na efetivação dos direitos difusos, uma vez que ambos possuem uma estrita correlação. Sobre este importante aspecto, veja-se a lição de Shirlei Silmara de Freitas Mello, que ressalta a importância do processo para que haja a devida concretização desses direitos e interesses:

[...] o interesse difuso representa o interesse público, e o Estado deve buscá-lo em todas as suas atuações, em respeito ao Princípio da Indisponibilidade de tal interesse. Dessa forma, a coletividade, para ver protegidos seus direitos difusos, necessita de um meio participativo, no qual haja publicidade, contraditório, que a permita reivindicar pela atuação do Estado. Tal meio é o processo.³⁷

Convém destacar, também, a existência de uma defendida classificação do interesse público em primário e secundário. Sucintamente, os interesses públicos primários são os interesses diretos do povo, os interesses gerais imediatos. Lado outro, os secundários são os interesses imediatos do Estado na qualidade de pessoa jurídica, titular de direitos e obrigações. Os interesses secundários são colocados pela doutrina, em regra, como meramente patrimoniais, em que o Estado busca aumentar sua riqueza ampliando receitas ou evitando gastos. Neste sentido, manifestam-se nas atividades-meio da Administração, existentes para fortalecê-la como organismo, mas somente justificadas se forem instrumentos para a atuação em prol dos interesses primários.

Assim, caracteriza-se como interesse público secundário legítimo aquele que represente um interesse de uma pessoa jurídica administrativa na qualidade de titular de direitos, mesmo sem implicar a busca direta da satisfação de um interesse primário, desde que não contrarie

³⁶ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 239, p. 8, jan./mar. 2005.

³⁷ MELLO et al., 2008, p. 585.

nenhum interesse público primário e possibilite a atuação administrativa ao menos indiretamente tendente à realização de interesses primários.³⁸

Torna-se importante destacar, também, algumas considerações concernentes ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e sobre o princípio da indisponibilidade do interesse público, defendidos pela maioria dos doutrinadores administrativistas como dois pilares do Direito Administrativo. Os referidos princípios não encontram previsão expressa na Constituição e nem na legislação ordinária, mas se tratam de princípios implícitos extraídos do texto constitucional com conteúdo abstrato e conceitos indeterminados.

Apesar da indeterminação conceitual do princípio da indisponibilidade do interesse público, pode-se dizer que, enquanto um dos norteadores da Administração Pública, o referido princípio tem como lastro a premissa de que “os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes”³⁹, cabendo-lhes apenas geri-los em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos. Desse modo, a Administração Pública, e por extensão os agentes que a constituem, é tão somente responsável pela gestão do patrimônio e dos interesses públicos.

Assim, em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público, são vedados ao administrador quaisquer atos que impliquem renúncia a direitos do Poder Público ou que injustificadamente onerem a sociedade. Cumpre destacar, ainda, que de acordo com o princípio ora em comento, também “é vedado à autoridade administrativa deixar de tomar providências ou retardar providências que são relevantes ao atendimento do interesse público, em virtude de qualquer outro motivo”⁴⁰.

Em decorrência do aspecto instrumental da Administração Pública e de seus agentes, incumbe a eles a adoção das providências para o pleno desenvolvimento do interesse público, não possuindo a Administração a livre e desmedida disposição de seus bens e interesses. O princípio da indisponibilidade do interesse público parte, dessa forma, da premissa de que todos os cuidados direcionados aos bens e interesses públicos trazem benefícios para a própria coletividade, razão pela qual devem ser buscados incessantemente”⁴¹.

³⁸ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 19. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 188.

³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 31.

⁴⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003b. p. 143.

⁴¹ CARVALHO FILHO, 2011, p. 21.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado também baseia-se no pressuposto de que toda atuação do Estado deve ser pautada pelo interesse público, cuja determinação deve ser extraída da Constituição e das leis, que são manifestações da vontade geral. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello propõe uma análise, ainda que sucinta, do conceito e da aplicação do referido princípio

[...] Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.⁴²

Nesse sentido, a prevalência dos interesses da coletividade sobre os interesses dos particulares justifica a existência de diversas prerrogativas em favor da Administração Pública, tais como a presunção de legitimidade e a imperatividade dos atos administrativos, os prazos processuais e prescricionais diferenciados, o poder de autotutela e a natureza unilateral da atividade estatal. Maria Sylvia Zanella Di Pietro ressalta a importância de se observar tal princípio tanto no momento de elaboração da lei quanto de sua execução pela Administração Pública. Para a autora, todas as normas de direito público têm a função específica de resguardar interesses públicos, mesmo que reflexamente protejam direitos individuais.⁴³

Marçal Justen Filho, no entanto, questiona a teoria da supremacia e indisponibilidade do interesse público, embasando suas críticas principalmente no que tange à fluidez conceitual do termo “interesse público”, cuja utilização no direito administrativo geralmente legitima arbitrariedades ofensivas à democracia e aos valores fundamentais. Trata-se, na opinião do autor, de mais uma fórmula imprecisa que dificulta o controle dos atos praticados pelo poder público. Assim, destaca a importância de não se confundir interesse público com interesse do Estado, com interesse do aparato administrativo e muito menos com interesse dos agentes públicos. Enfatiza, também, a impossibilidade de se identificar interesse público com interesse da maioria, dado o caráter contramajoritário das democracias constitucionais, que visam justamente proteger os direitos das minorias. Sustenta, ainda, ser impossível precisar um conteúdo próprio para a expressão interesse público, uma vez que, em

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 60.

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 95-97.

sociedades fragmentadas e plurais como as contemporâneas, não há um único interesse público, mas diversos e muitas vezes antagônicos interesses públicos.⁴⁴

Gustavo Binimbojm também é um crítico do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, tendo concluído pela sua incompatibilidade com o ordenamento constitucional brasileiro, com base, principalmente, nos seguintes fundamentos: *a)* o referido princípio desconsidera a relevância atribuída pela Constituição a todo o conjunto de direitos fundamentais; *b)* trata-se de um princípio que não tem estrutura normativa de princípio, pois não admite ponderações com outros valores constitucionais; *c)* a fluidez conceitual do termo interesse público dá margem a inúmeras arbitrariedades estatais; e *d)* interesses públicos e interesses privados não são antagônicos, mas pressupõem-se mutuamente.⁴⁵

Independentemente de qual seja a corrente adotada concernente aos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, fato é que o referido interesse deve guiar a atividade administrativa principalmente de modo a dar efetividade aos princípios constitucionais e a máxima amplitude notadamente ao alcance dos direitos fundamentais, o que justifica a adoção de vários instrumentos modernos de resolução de conflitos postos sob a competência da Administração Pública, o que se diz a respeito especialmente da adoção do consensualismo hodiernamente como forma mais efetiva de se alcançar o interesse público e consubstanciar o princípio da eficiência.

3.2 O princípio da eficiência

Conforme entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello

princípio, é, [...] por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhes a tônica que lhe dá sentido harmônico, sendo mais grave violar um princípio do que transgredir a norma.⁴⁶

⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 36.

⁴⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 89-90.

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 54.

De maneira correlata ao fim precípua da Administração Pública de atender o interesse público, a observância ao princípio da eficiência também mostra-se como indispensável em qualquer ato administrativo, consistindo em um dos princípios norteadores da Administração Pública. O princípio constitucional da eficiência administrativa é uma norma expressa que consta no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, tendo sido incluído no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Emenda Constitucional n. 19 de 4 de junho de 1998. Ademais, a partir da Emenda Constitucional 45/2004 a eficiência passou a ser um direito com sede constitucional, tendo sido inserida no rol dos direitos e garantias fundamentais com previsão pelo artigo 5º, inciso LXXVIII da CRFB/88, que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.⁴⁷

Consoante expõe Alexandre de Moraes, o princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, mediante o exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, prezando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de modo a evitar desperdícios e garantir melhores resultados sociais.⁴⁸ Trata-se do mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades sociais.⁴⁹

Assim, o princípio da eficiência, significa, sucintamente, que a Administração Pública deve buscar o máximo aproveitamento possível aos meios de atuação disponíveis, superando formalidades burocráticas em atenção ao interesse público.⁵⁰ Ressalta-se que o referido princípio deve estar submetido ao princípio da legalidade, porquanto não se admite uma atuação administrativa contrária ao ordenamento jurídico. Assim, ainda que a atuação seja a mais eficiente possível, não será admitida caso seja contrária à lei, uma vez que os princípios da eficiência e da legalidade devem ser aplicados de maneira conjunta, e não sobreposta. No mesmo sentido, tratando-se de serviço público, não basta que o Estado atue sobre o manto da legalidade, sendo demandada, também, uma melhor atuação do agente público e uma melhor organização e estruturação por parte da Administração Pública tendente à produção de resultados positivos e satisfatórios às necessidades da sociedade.

⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 98-99.

⁴⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 90.

⁴⁹ MEIRELLES, 2010, p. 98.

⁵⁰ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson de Abreu. *Processo administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 99.

No que concerne às tendências práticas do princípio da eficiência, tem-se que a sua aplicação no processo administrativo é determinada explicitamente pelo art. 2º, *caput*, da Lei 9.784/99 e por outras normas implícitas esparsas.⁵¹ A Lei 12.529/2011 menciona a eficiência em dois dispositivos, no artigo 36, §1º, apresentando-a como excludente de ilicitude, na medida em que a dominação de mercado relevante fica descaracterizada se tal conquista resultar de processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores, e no artigo 88, §6º, I, c, a eficiência aparece como fundamento balizador para a aprovação da concentração de empresas, que requer a conjugação de outros fatores, previstos no artigo.

Portanto, a eficiência é um atributo inerente a toda e qualquer função estatal, não se admitindo que o administrador público atue de forma ineficaz, negligente e com gastos desproporcionais. Nesse sentido, o poder Judiciário pode, inclusive, intervir quando o administrador não observa o cumprimento deste princípio, notadamente nos atos administrativos de competência discricionária, nos quais a melhor opção deve ser a escolhida. Ressalta-se, ainda, que o interesse público pleno é o objetivo a ser alcançado, fator que abarca, necessariamente, uma prestação do serviço público com celeridade e competência. Assim, para garantir que o Estado permaneça atuando de forma a preservar o interesse público, e, sobretudo, a garantir a efetivação dos direitos fundamentais, deve ser promovida uma aplicação conjunta do princípio da eficiência e do cumprimento irrestrito da norma legal.

3.3 Atuação administrativa consensual

O fenômeno da constitucionalização do Direito, e, conseqüentemente, do ramo Administrativo, promoveu uma importante modificação nos moldes da atuação administrativa, de modo que o administrado deixa de ser mero sujeito subordinado à Administração para ser elevado à condição de sujeito ativo. Essa nova posição do particular, embasada no discurso dos direitos fundamentais, demanda relevante alteração do papel tradicional da Administração Pública, agora compelida a abandonar o modelo autoritário de gestão da *res publica* para se transformar em centro de respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Assim, a Constituição de 1988 afirmou em seu preâmbulo o comprometimento com a solução pacífica das controvérsias, tornando a consensualidade em um objetivo a ser sempre perseguido e que contribui para harmonizar e pacificar as relações sociais, atenua a intensa tensão dialética entre os referenciais de lícito e ilícito, acarreta a redução de custos inerentes à

⁵¹ MELLO et al., 2008, p. 560.

longa tramitação de certas relações processuais, administrativas ou judiciais, e tende a aumentar os índices de satisfação dos envolvidos, que ganham em certeza e celeridade em patamares sensivelmente superiores àqueles que obteriam ao fim da relação processual.

Destaca-se, nesse contexto, a atuação dos direitos fundamentais como limite às intervenções estatais e direcionamento cogente do exercício da discricionariedade administrativa, como também na imposição de obrigações de fazer e forma de resolução de colisões normativas. Portanto, torna-se coerente afirmar que o núcleo do Direito Administrativo não reside mais somente na visão do interesse público, mas também na ideia que sustenta a existência dos direitos fundamentais.

Além disso, como a Constituição Federal de 1988 redemocratizou o Brasil, evidentemente o aspecto democrático passou a permear e moldar todas as relações entre a Administração Pública e os cidadãos, de modo que boa parte da doutrina, no intuito de caracterizar essa nova fase da Administração Pública brasileira, a denomina como “Administração Consensual”, que visa incorporar novas formas de democracia participativa, segundo as quais o Poder Público, em vez de decidir unilateralmente, procura ou atrai os indivíduos para o debate sobre questões de interesse comum, as quais deverão ser solvidas mediante acordo.

Os fatores suscitados modificaram o foco do Direito Administrativo, que deixa de ser fundado exclusivamente na imperatividade e passa a valorizar o consenso do cidadão e da sociedade com o Estado, ensejando o incremento de mecanismos da democracia participativa. Nesse sentido, Odete Medauar destaca a importância do consensualismo no âmbito da Administração Pública contemporânea:

A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.⁵²

⁵² MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003a. p. 211.

Ressalta-se, ainda, que o princípio da participação foi inserido de forma implícita na Constituição Federal de 1988 na categoria dos princípios fundamentais, norteando todo o ordenamento jurídico vigente, especialmente o Direito Administrativo, uma vez que, em razão de o Estado brasileiro constituir-se em um Estado Democrático de Direito, há a irradiação dos valores democráticos por todo o sistema. Conforme prevê o artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, a emanção do poder político soberano do povo pode se dar por meio indireto ou direto, ou seja, pela representação ou pela participação. Com isso, aumenta-se o incentivo de participação dos cidadãos nas decisões coletivas, dentre as quais as que estão relacionadas com seus interesses políticos e, especialmente, administrativos.

É através da participação administrativa que os administrados se introduzem mais minuciosamente nas decisões dos governantes que, por sua vez, visam legitimar o seu poder. Ou seja, a participação visa principalmente à legitimidade dos atos da Administração Pública, embora, incidentemente, possa realizar também seu controle de legalidade. Assim, é por meio da participação que a consensualidade está alterando o desempenho estatal, seja na administração, na jurisdição ou na legislação.

Entretanto, é no âmbito da Administração Pública que o consenso está se mostrando mais receptivo e diversificado como processo de decisão ou de operação, demonstrando sua importância. Logo, o Estado, por meio da consensualidade, ultrapassa a incitação do exercício de atividades particulares de importância pública, para a resolução privada dos interesses coletivos, tornando mais eficazes as formas de contraprestação dos serviços públicos⁵³. Nesse sentido, consoante observa Diogo de Figueiredo Moreira Neto

A participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem a atenção a todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem).⁵⁴

Relativamente à relevância das tratativas consensuais nas relações entre a Administração Pública e os particulares, Odete Medauar expõe que ainda que informalmente o consenso

⁵³ MOREIRA NETTO, Diogo de Figueiredo. *Novos institutos consensuais da ação administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 153.

⁵⁴ MOREIRA NETTO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 41.

passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. [...]. A administração volta-se para coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.⁵⁵

Portanto, é evidente o papel de relevo assumido pela consensualidade no âmbito da Administração Pública em um contexto em que a concretização dos direitos fundamentais deve ser o fim precípua estatal. No entanto, é possível interpretar que, de acordo com o princípio da indisponibilidade do interesse público, seria vedado à Administração Pública adotar instrumentos consensuais para satisfação das finalidades públicas, porquanto o interesse público que a Administração tem por obrigação tutelar corresponde ao interesse de toda a coletividade, formado pela junção da parcela pública projetada por cada indivíduo na sociedade. A Administração estaria, assim, incumbida de garantir interesse de terceiro, e que, portanto, não é de sua titularidade, razão pela qual não possuiria a prerrogativa de livre disposição sobre o interesse público.

De acordo com esse raciocínio, a celebração de acordos administrativos contraria totalmente o dever de tutela do interesse público, uma vez que a Administração seria impedida pelo princípio da indisponibilidade de dispor do interesse de toda a coletividade. Considerando que a negociação pressupõe a propriedade do objeto da transação e a autonomia de vontade para ditar as concessões recíprocas próprias do processo de negociação, a Administração estaria proibida de celebrar acordos administrativos em razão de ser vinculada à finalidade legal, motivo pelo qual também não há muitos fundamentos que sustentem a existência de uma autonomia da vontade no âmbito administrativo.⁵⁶

Desse modo, o princípio da indisponibilidade do interesse público é recorrentemente tratado com um fator impeditivo à utilização da consensualidade pela Administração Pública. No entanto, conforme já salientado anteriormente, a realização do interesse público deve ser balizada, sobretudo, pela busca da efetivação dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos. Sob esta perspectiva, sustenta-se que a premissa de um interesse público supremo, abstrato e indisponível, acima de todo e qualquer interesse particular a ponto

⁵⁵ MEDAUAR, 2003a, p. 211.

⁵⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. p. 156. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

de impedir a adoção de métodos consensuais administrativamente mostra-se insustentável, precipuamente em razão do fato de que, em muitas ocasiões, a consensualidade é o método mais eficaz para a concretização dos direitos fundamentais.

Assim, apesar da inquestionável importância das premissas acerca do interesse público hodiernamente, defende-se a relativização do princípio que preconiza a sua indisponibilidade especialmente no que concerne ao uso da consensualidade pela Administração Pública. Nesse sentido, busca-se a realização do interesse público com o menor sacrifício possível dos interesses privados envolvidos, na busca de soluções ponderadas que não deixem ao desamparo nem o interesse público, nem o privado, promovendo uma verdadeira complementação de interesses que substitui a oposição clássica entre interesse público e privado. Ambos constituem bens igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico pátrio e, na hipótese de conflito entre eles, a solução advirá da ponderação de valores. Ou seja, não são interesses inconciliáveis e excludentes, de modo que deve ser buscada a realização de um interesse público em consonância com os direitos sociais e individuais fundamentais.⁵⁷

O abandono cada vez maior da dicotomia entre interesse público e privado, com o intuito de tentar conferir aos direitos fundamentais máxima efetividade, conduz à adoção de novas práticas jurídicas. Dessa maneira, como salientado anteriormente, se a expressão “interesse público” designa diversos interesses coletivos, sociais e individuais, a determinação de seu significado não pode ficar ao arbítrio unilateral da Administração, devendo resultar de um processo dialético que garanta a expressão dos diversos interesses existentes em uma dada situação.

Ressalta-se que obviamente haverá situações em que, consoante o princípio da legalidade que vincula a Administração Pública, a consensualidade não poderá ser utilizada de maneira legítima. Assim, a consensualidade não pode substituir de forma indiscriminada a atuação unilateral administrativa, de modo que coloca-se o consenso como preferencial em ramos como direito urbanístico ou econômico. Mas em outros, como o direito tributário, há pouco ou quase nenhum espaço para o consenso, sob o risco de violação dos princípios constitucionais da legalidade e da isonomia. Ou seja, há áreas em que o interesse público não poderá ser definido por meio do consenso e há outras nas quais terá preferência.⁵⁸

Destaca-se, ainda, que, a princípio, não há objeto que não possa ser transacionado no

⁵⁷ SEMELES, Mirela Halfim. *Interesse público e gestão pública consensual*. 2014. p. 12. Artigo científico de conclusão de curso (Pós-graduação em Direito) – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

⁵⁸ SEMELES, 2014, p. 13.

âmbito do Direito Administrativo, ressalvados os casos em que por expressa previsão normativa seja defeso à Administração negociar sobre um determinado direito. Inclusive as prerrogativas públicas, em especial a prerrogativa imperativa, podem ser negociadas pela Administração com os administrados diretamente interessados no provimento final, dado o correspondente caráter instrumental. Direitos pecuniários, potestade sancionadora e atos de autorização são, portanto, exemplos de objetos plenamente transacionáveis pelo Poder Público, interpretação que surge justamente da constatação de que o princípio da indisponibilidade do interesse público não caracteriza fator impeditivo à atuação administrativa consensual.⁵⁹

Portanto, nas situações em que legalmente for autorizada a utilização da consensualidade, ela se apresenta como um instrumento capaz de aumentar a eficiência, a transparência e a estabilidade da função administrativa estatal, de modo que somente através de uma ponderação de interesses que coloca os direitos fundamentais como prioridade o Estado consegue legitimar sua atuação na identificação e promoção do interesse público. Assim, conclui-se que o princípio da indisponibilidade do interesse público não é absoluto e pode ser mitigado, nos limites expressos em lei, para possibilitar a aplicação da consensualidade no âmbito administrativo quando esta mostrar-se adequada à promoção das garantias constitucionais de acesso à ordem jurídica justa, duração razoável do processo, e, sobretudo, a eficiência na Administração Pública.⁶⁰

⁵⁹ PALMA, 2010, p. 168.

⁶⁰ CAMBI, Eduardo; SOUZA, Fernando Machado de. A disponibilidade do interesse público no novo código de processo civil e o princípio da eficiência na administração. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 44, n. 142, p. 150, jun. 2017.

4 A CONSENSUALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO ANTITRUSTE SANCIONADOR PREVISTO PELA LEI 12.529/2011

O processo administrativo antitruste, atualmente regulado pela Lei 12.528/2011, é o instrumento utilizado pela Administração Pública para a tomada de decisões no âmbito concorrencial legitimamente. Sua finalidade imediata consiste na prevenção e repressão às infrações à ordem econômica, e a finalidade mediata consubstancia-se em propiciar um ambiente econômico hábil a garantir uma ampla variedade de produtos e serviços aos consumidores pelo menor preço possível, contemplando, desse modo, a proteção aos direitos e interesses difusos já abordados anteriormente. No que tange ao seu objeto específico, traduz-se em garantir a natural atuação dos agentes competidores e o regular funcionamento da dinâmica do mercado, propiciando o uso adequado do poder econômico.

Antigamente, sequer cogitava-se na ideia de uma autoridade pública dialogar com um assumido infrator às regras anticoncorrenciais, responsável por um altíssimo prejuízo a interesses públicos primários. Nesses casos, a única opção dada à Administração Pública consistia na abertura dos devidos processos acusatórios e na busca de provas que permitissem a punição dos infratores.⁶¹ Ocorre que as infrações à ordem econômicas foram se desenvolvendo ao longo do tempo e ficando mais complexas e organizadas. Ao mesmo tempo, as instruções probatórias foram se revelando cada vez mais dificultosas em razão da obrigatória observância ao princípio da presunção de inocência e da vedação de se obrigar alguém a produzir provas contra si mesmo. Desse modo, tanto em razão da complexidade das infrações verificadas em si, quanto pelas essenciais garantias processuais asseguradas, os custos operacionais das tarefas processuais do Estado aumentaram e, conseqüentemente, a chance de êxito nos processos administrativos acusatórios diminuiu substancialmente.⁶²

Diante desta nova realidade, muitos Estados passaram a enfrentar um verdadeiro impasse, consistente na dúvida entre aceitarem a realização de negociações com os infratores, o que possibilitaria sua punição com base em processos administrativos fortemente instruídos, ou não aceitarem negociar e, conseqüentemente, verificarem um crescimento da impunidade resultante de uma deficitária instrução probatória de processos acusatórios baseados em técnicas tradicionais de instrução. Nesse contexto, vários desses Estados, inclusive o Brasil,

⁶¹ MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 2, n. 2, p. 511, 2015.

⁶² OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 502-503.

fizeram a opção por seguir a via utilitarista, ou seja, passaram a negociar com um dos infratores de um determinado grupo praticante de atos anticoncorrenciais com o intuito de fortalecer probatoriamente o processo e obter êxito na punição dos demais infratores. Resta claro, assim, que tal negociação mostra-se totalmente distante da ideia de um beneficiamento gratuito ao infrator, de disposição dos interesses públicos que cabe ao Estado zelar, ou, ainda, de omissão na execução das funções públicas. Em sentido contrário, tal negociação objetiva, precipuamente, a obtenção de um suporte à execução exitosa de processos acusatórios e alcance de um grau satisfatório de repressão às práticas ilícitas altamente nocivas que sequer seriam reveladas pelos meios persecutórios e fiscalizatórios tradicionais.⁶³

Sustenta-se, assim, que o processo de consensualização da Administração “é consequência da condenação ao fracasso da tentativa de utilização de meios autoritários nos domínios da Administração prestadora e conformadora ou infraestrutural”.⁶⁴ No mesmo sentido é a afirmação de Jean Rivero ao defender que “é evidente em todos os domínios de ação do poder a necessidade de fórmulas menos autoritárias, que façam apelos à cooperação dos particulares e não ao constrangimento”.⁶⁵ Pode-se dizer, portanto, que a consensualidade proporciona a devida observância ao devido processo legal como instrumento de concretização da democracia, proporcionando ao particular a participação na decisão administrativa.

Nesse sentido, a consensualidade deve ser utilizada, respeitando-se as limitações legais, de forma complementar à imperatividade estatal através de um consenso entre a Administração e os administrados, corroborando a legitimidade da atuação estatal e contemplando a garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana. No que tange às decisões atinentes à regulação do mercado, a consensualidade traz a possibilidade de celebração dos chamados “acordos substitutivos”, nos quais são ponderados os ônus e os bônus da decisão, realizando-se uma diminuição ou extinção da pena por uma prestação que gerará, de fato, melhores benefícios para a coletividade.

Entre os supracitados “acordos substitutivos”, merece destaque o “acordo de leniência”, também já brevemente abordado anteriormente. Através de uma modificação da Lei 8.884/94 pela Lei 10.149/2000, o acordo de leniência foi incluído no ordenamento jurídico pátrio através da previsão contida no art. 35-B, *caput* e incisos I e II:

⁶³ MARRARA, 2015, p. 511.

⁶⁴ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 466.

⁶⁵ RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 34. Tradução do original em francês publicada em 1975.

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

A inserção do acordo de leniência no ordenamento jurídico brasileiro, bem como sua manutenção e ampliação pela Lei 12.529/2011, inspirou-se notadamente no êxito da implementação desse instrumento em outras jurisdições desenvolvidas, especialmente no combate aos cartéis. Isto porque, na maioria das vezes, é extremamente dificultosa a detecção e investigação de um cartel sem a cooperação de um participante da conduta ilícita, dado seu caráter sigiloso e fraudulento. Ao instituir o acordo de leniência, o Brasil optou pela consensualidade que, na medida do possível, deve operar na Administração Pública visando a otimização da investigação antitruste de forma a proteger os interesses tutelados pela ordem econômica, bem como reprimir os atos que expressem o abuso do poder econômico.

No processo administrativo sancionador previsto pela atual Lei de Defesa da Concorrência brasileira, o acordo de leniência consiste em um ajuste entre certo ente estatal e um infrator confesso, através do qual o primeiro recebe a colaboração probatória do segundo em troca da suavização ou extinção da punição que lhe seria aplicada. Em outras palavras, trata-se de um mecanismo negocial com obrigações recíprocas entre uma entidade pública e um particular que assume os riscos e as contas de confessar uma infração e colaborar com o Estado no exercício de suas funções repressivas.

Neste ponto, torna-se interessante a realização de algumas breves explanações concernentes aos principais aspectos do acordo de leniência, levando-se em consideração as previsões contidas apenas na Lei 12.529. Como já salientado anteriormente, a entidade administrativa competente para a celebração do acordo é o CADE. Relativamente à existência de vedação de leniência múltipla que, de modo geral, é indicada pela determinação de que a Administração Pública somente celebre a leniência com o primeiro infrator a se qualificar para colaborar no processo sancionatório, restando proibidas leniências com outros coautores da conduta ilícita, a lei prevê tal vedação para as pessoas jurídicas. No que se refere à necessidade ou não de obrigatoriedade de confissão da prática ilícita pelo infrator interessado em colaborar, a previsão legal é no sentido de que a confissão é obrigatória.⁶⁶

⁶⁶ MARRARA, 2015, p. 515.

Ressalta-se, ainda, que o sigilo na negociação e execução do acordo está previsto legalmente. Lado outro, não há previsão sobre a possibilidade de leniência oral, técnica utilizada em alguns países para evitar o risco de que documentos entregues na negociação do acordo venham a ser empregados pelo Estado ou por terceiros para iniciar processos administrativos, civis ou penais na hipótese de frustração da negociação da leniência. A Lei 12.529/2011 prevê, também, a necessidade de suspensão da prática infrativa pelo colaborador na leniência, técnica que gera questionamentos pelo fato de poder suscitar desconfianças dentro da rede de infratores, ocasionando a destruição ou a ocultação de provas.

No que concerne à hipótese de negociação frustrada, a legislação prevê o afastamento da confissão realizada com o intuito de evitar que os documentos e informações gerados na negociação sejam utilizados por terceiros ou pelo próprio Estado para iniciar outras medidas punitivas ou reparatórias. Destaca-se, por fim, que o inadimplemento do acordo, especialmente em relação ao colaborador, tem como consequência a vedação de realização de novo acordo por três anos, conforme previsão do art. 86, §12, da Lei 12.529/2011.

No tocante às observações realizadas acima, Thiago Marrara⁶⁷ demonstra a relevância das previsões da lei supracitada no que concerne ao acordo de leniência ao destacar que a leniência prevista para infrações por atos de corrupção empresarial se lastreou no acordo de leniência previsto na legislação de defesa da concorrência. Segundo o autor, todos os aspectos são idênticos, com a exceção de que, na lei anticorrupção, o Ministério Público pode atuar subsidiariamente em relação à autoridade administrativa, em caso de inércia desta na realização de medidas de instauração do processo sancionador. Em razão dessa competência subsidiária, a legitimidade para celebração da leniência pode ser eventualmente transferida ao *parquet*, o que não é possível no programa de leniência de defesa da concorrência. Ainda no que diz respeito à legitimidade ativa para celebração do acordo, a lei anticorrupção é mais abrangente, porquanto qualquer ente público está autorizado a aplicar suas sanções administrativas, diferentemente do que ocorre no sistema concorrencial, em que o CADE monopoliza o poder sancionatório na esfera administrativa.

Os aspectos procedimentais explicitados não esgotam os elementos essenciais deste relevante acordo integrativo a processos administrativos sancionatórios. Desse modo, destaca-se, ainda, a existência de duas subespécies de leniência previstas legalmente, quais sejam, a leniência prévia ao processo administrativo sancionador, e a concomitante ao referido processo, como também a existência da chamada “leniência *plus*”, consistente em uma segunda leniência

⁶⁷ MARRARA, 2015, p. 516.

no mesmo processo administrativo acusatório, mas com base em uma infração diversa e desconhecida pelo Estado, o que gera para o infrator colaborador benefícios em dois processos administrativos com apenas um único acordo. No que concerne aos efeitos administrativos internos da leniência, ou seja, aos benefícios gerados no processo sancionatório do qual faz parte, a multa aplicável pode ser zerada, havendo estipulação de redução de, pelo menos, 1/3 (um terço), conforme previsões do art. 86, §4º, I, e §8º da Lei 12.529/2011.

Ressalta-se, por fim, a existência do benefício da menor multa, de acordo com o qual não é permitido punir o colaborador de maneira mais gravosa que outros coautores da infração. No âmbito administrativo, os efeitos da leniência concorrencial limitam-se ao âmbito do poder sancionatório da entidade leniente, valendo apenas para beneficiar o colaborador diante das sanções administrativas previstas na lei de defesa da concorrência e, por consequência, não afastam a incidência de sanções constantes da lei de licitações, da lei anticorrupção ou de qualquer outro diploma administrativo cabível. Todos os benefícios citados são aplicáveis no mesmo percentual para a pessoa física e para a pessoa jurídica, a depender de quem celebrou a leniência. A pessoa física, porém, não sofre a limitação da leniência múltipla, de modo que está autorizada a celebrar leniência ainda que exista um ou mais acordos do gênero acoplados ao processo sancionador.

Levando-se em consideração a prática do cartel, dado o seu caráter bidimensional no Brasil, ou seja, possui relevância criminal e administrativa, além dos efeitos administrativos já citados, a celebração do acordo de leniência, quanto à esfera criminal, suspende o curso do prazo prescricional e impede o oferecimento de denúncia com relação ao indivíduo beneficiário da leniência no que tange aos crimes tipificados na Lei 12.529/2011. No entanto, ressalta-se brevemente que há, no Brasil, uma discussão sobre a constitucionalidade do acordo de leniência na perspectiva de seus efeitos na esfera criminal, uma vez que é celebrado por autoridade administrativa sem a intervenção da autoridade judicial, a quem é restrito o exercício da jurisdição em matéria criminal.⁶⁸

Indo mais além, há, ainda, entendimento de que apenas a participação e assinatura de um membro do Ministério Público, titular da ação penal cabível, no termo firmado, não é suficiente para garantir a referida imunidade penal ao infrator, de modo que, segundo essa linha de pensamento, seria necessária, também, a homologação judicial para que o acordo realmente possa produzir tais efeitos penais e destine ao delator uma maior segurança jurídica quanto ao

⁶⁸ GABAN; DOMINGUES, 2012, p. 257.

acordo.⁶⁹ No entanto, embora muito polêmica, a questão ainda não foi decidida jurisprudencialmente, como também não é o foco do presente trabalho.

Salienta-se, também, que nenhum dos acordos gera efeitos protetivos para o colaborador em outros processos administrativos sancionadores. Para uma prática exemplificativa de cartel licitatório, a realização da leniência com o CADE não protege o infrator contra processos administrativos conduzidos pela entidade lesada com base na lei anticorrupção ou nas disposições da lei de licitações. Da mesma forma, em razão do acordo assinado com base na Lei Anticorrupção, o colaborador não estará imunizado contra sanções aplicadas pelo CADE. Assim, surge a necessidade de que, para certas práticas, o infrator interessado em cooperar com o Estado busque inúmeros acordos de leniência para adquirir uma blindagem minimamente segura.⁷⁰

Dessa forma, vê-se que a Lei 12.529/2011 corrobora a importância da utilização da consensualidade no processo administrativo sancionador antitruste, representada, principalmente pelo acordo de leniência, consoante exposto acima. Observa-se que a consensualidade administrativa possui lastro constitucional, estando claramente alinhada aos princípios administrativos e direitos e garantias fundamentais da pessoa humana ao consistir em um mecanismo que realmente busca a efetivação do interesse público com eficiência.

4.1 Acordo de leniência como instrumento de realização do interesse público e efetivação do princípio da eficiência

Conforme abordado anteriormente, a leniência nada mais é que um exemplar dos vários instrumentos da administração pública consensual. No entanto, sustenta-se que sua maior peculiaridade concerne à sua relação essencial com os processos repressivos de polícia administrativa. Juntamente com os acordos de cessação de prática infrativa, os acordos de leniência representam o ponto mais delicado do movimento de consensualização e de horizontalização da Administração Pública, na medida em que se inserem em uma atividade tradicionalmente verticalizada, em que o Estado costumava agir somente de modo unilateral e sem comunicação com o cidadão.

Ao fazer uma análise sobre o tema ora em comento, Thiago Marrara elenca algumas características intrínsecas ao acordo de leniência. Primeiramente, elucida que trata-se de um

⁶⁹ SALOMI, Máira Beauchamp. *O acordo de leniência e seus reflexos penais*. 2012. 293 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

⁷⁰ MARRARA, 2015, p. 518.

acordo administrativo integrativo, ou seja, vinculado ao processo administrativo com o intuito de facilitar sua instrução. Tal natureza integrativa persiste ainda que a leniência seja prévia, porquanto decorre da relação essencial do ajuste com o processo, de modo que, sem o processo sancionador, não há sentido ou fundamento para a cooperação. O autor também destaca que a realização do acordo de leniência não exclui a ação unilateral do Estado. Em sentido contrário, como o acordo se presta à obtenção de provas que facilitem a instrução e a punição dos infratores, é normal que o acordo conviva com o processo e com um ato administrativo final de natureza punitiva ou absolutória. Assim, a ideia de que a consensualidade administrativa possa extinguir o modelo de administração unilateral não é verdadeira, podendo as técnicas de administração consensual e unilateral conviverem simultaneamente, afirmação corroborada pela própria leniência, na medida em que o acordo subsidia a formação de um ato administrativo final no processo punitivo.⁷¹

Para o beneficiário ou colaborador, a leniência gera a obrigação de cooperar com a investigação e com a instrução do processo acusatório por sua conta e risco. Assim, o colaborador assume o risco de ser acusado por terceiros e até mesmo por outras entidades públicas com fundamento em outros tipos de responsabilização não abarcados pelo acordo de leniência. Ademais, arca com os custos financeiros de praticar os atos de cooperação com o Estado. Em troca, recebe os benefícios pertinentes, que ora se restringem às sanções do processo administrativo, ora se estendem, por força de lei, para outras esferas, como a penal, efeito que gera inúmeros questionamentos, sobretudo pelo fato já anteriormente citado de que a decisão da autoridade administrativa ocasionará efeitos limitativos para o Ministério Público e o Judiciário.

Lado outro, o acordo de leniência impõe ao Estado a obrigação de reduzir as sanções que seriam aplicadas ao infrator confesso, possuindo o dever de mensurar as sanções para então conceder os benefícios de redução ou extinção esperados em razão do cumprimento do acordo. No entanto, o cumprimento dessas obrigações pelo Estado supõe que se julgue positivamente a cooperação prestada pelo particular, de modo que, caso não obtenha satisfatoriamente seu direito à obtenção de provas e à cooperação necessária para que o processo acusatório alcance um resultado útil, o Estado não deve conceder qualquer benefício ao infrator.

Realizadas as devidas observações sobre as principais características do acordo de leniência, passa-se à análise relativa aos aspectos principiológicos e fundamentadores da utilização do referido acordo como expressão da pretensão punitiva estatal, objetivo central do

⁷¹ MARRARA, 2015, p. 513-514.

presente trabalho. Nesse sentido, destaca-se, inicialmente, a expressiva explanação de Tomás Font y Llovet:

El procedimiento participado ha sido, precisamente, el camino a través del cual se ha ido abriendo paso la figura de la curdo entre la Administración y los particulares en el ejercicio de potestades administrativas. De la simple participación en el procedimiento se ha evoluionado hacia la Administración convencional, a la sustitución de la decisión administrativa unilateral, expresieonde la sola voluntad de la Administración, por el acuerdo entre las partes.⁷²

Sustenta o mesmo autor que o exercício flexível das potestades administrativas garante a realização da finalidade pública e a realização “del princípio de eficácia”, fazendo referência ao que seria, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da eficiência. Nessa perspectiva, o processo antitruste, deve, incontestavelmente, amoldar-se aos ditames do princípio da eficiência e da realização do interesse público, que, como visto anteriormente, traduz-se, precipuamente, na concretização dos direitos e garantias fundamentais, notadamente o direito dos consumidores.

Ao instituir o acordo de leniência, o Brasil adotou a consensualidade entre o Estado e a sociedade em prol de uma maior efetividade nas decisões regulatórias de mercado e no combate às infrações concorrenciais. O processo administrativo antitruste é permeado por relações econômicas bastante complexas, razão pela qual devem ser as medidas tendentes à defesa da liberdade de iniciativa concorrencial dotadas de eficiência. Desse modo, sempre que possível, deve ser propiciado o consenso entre o aparato estatal e os particulares envolvidos nas condutas ilícitas, com a devida observância aos ditames constitucionais.

Nesse sentido, Marcos Bittencourt sustenta que “sempre que se puder realizar o interesse público, mediante atuação consensual do particular, os mecanismos coercitivos deverão ser evitados, uma vez que se apresentam desproporcionais”⁷³. Portanto, o princípio da proporcionalidade impõe, na medida do possível, a adoção de mecanismos consensuais no manejo de interesses públicos. Interessante abordar que, no caso específico do acordo de leniência, a verdade real dos fatos é levada à autoridade antitruste pelo próprio integrante de cartel. Desse modo, a Administração tem plena liberdade de produzir novas provas que julgar necessárias, contando ativamente com a colaboração do delator, tendo por escopo a otimização

⁷² FONT Y LLOVET, Tomás. Desarrollo reciente de los instrumentos de la administración consensual en España. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 365.

⁷³ BITTENCOURT, Marcos Vinícios Corrêa. *Estudos de direito público*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 71.

da investigação, e a implementação de um futuro processo administrativo contra os demais participantes do ilícito.

Ressalta-se, nesse contexto, que o acordo de leniência previsto na legislação brasileira de defesa da concorrência não configura apenas o mais tradicional dos ajustes cooperativos do processo administrativo sancionador, mas também o mais bem disciplinado do ponto de vista normativo, sendo este mais um fator demonstrativo de sua potencial eficiência.

Com a adoção do acordo de leniência, observa-se uma maior possibilidade de se alcançar, de forma mais ágil e eficaz, a verdade material que deve sempre guiar as atividades estatais que envolvam o interesse público, uma vez que viabiliza a investigação e a instrução probatória dos processos relativos às práticas anticoncorrenciais, e, conseqüentemente, a punição dos infratores. Ausente a realização do acordo, em muitos casos não seriam os infratores identificados, ou nem mesmo a ocorrência das práticas ilícitas seria revelada, deixando a população a mercê de uma prestação estatal deficitária.

Chega-se, assim, à conclusão de que o acordo de leniência, ao mesmo tempo em que tem por fundamento o princípio da eficiência, também é um instrumento que propicia a efetivação do referido princípio, conforme já se sustentou, constituindo, portanto, uma relação de dupla acepção. Nesse sentido, a Administração não deve se limitar ao cumprimento literal da lei, devendo buscar sempre a forma mais eficiente de cumpri-la, elegendo para tanto, dentre as escolhas teoricamente possíveis, aquela que permita atingir os resultados indispensáveis para a consecução do interesse público.

Observa-se, portanto, uma íntima relação entre o acordo de leniência, explorado neste trabalho como um representante da consensualidade administrativa, e a efetivação do princípio da eficiência e também do interesse público, uma vez que conforme já salientado, a realização do interesse público envolve necessariamente a efetivação dos direitos constitucionalmente assegurados, em especial os princípios balizadores da ordem econômica e o direito dos consumidores, que consiste em um importante direito fundamental ao tutelar uma vulnerabilidade específica. Resta claro, portanto, que a atuação estatal brasileira, ao se alinhar à consensualidade se aproxima, cada vez mais, da concretização, substancialmente, dos direitos e garantias fundamentais envolvidos nas atividades econômicas⁷⁴, o que, certamente, é o melhor caminho a ser seguido para que a justiça se aproxime mais da realidade dos cidadãos.

⁷⁴ TESSEROLLI, Eduardo Ramos Caron. A consensualidade contemporânea: os exemplos do fomento, do acordo substitutivo de sanção administrativa e o procedimento de manifestação de interesse (PMI). *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 8, p. 60, set./fev. 2016.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho se prestou a uma análise sobre a efetivação do princípio da eficiência e realização do interesse público através da realização do chamado “acordo de leniência”, realizado no âmbito do processo administrativo sancionador antitruste regulado pela Lei 12.529/2011. Durante o trabalho, ressaltou-se que, antigamente, o Estado atuava de maneira unilateral e verticalizada, possuindo como único fim e fundamento de atuação a realização de um interesse público puro e não substancial. No entanto, com o fenômeno da constitucionalização do Direito, passou-se a analisar o Direito Administrativo à luz da Constituição, fazendo com que o Estado passasse a dialogar com a sociedade e, mais que isso, a negociar com infratores confessos antes ou durante processos administrativos acusatórios.

No contexto de uma sociedade economicamente globalizada, cada vez mais observa-se a busca desenfreada por lucros e vantagens no ambiente comercial, notadamente por empresas que já se consolidaram com um grande poderio econômico no mercado. Assim, as práticas anticoncorrenciais tornaram-se cada vez mais frequentes, razão pela qual o Estado passou a intervir no domínio econômico objetivando a proteção do próprio mercado. No entanto, a intervenção estatal não deve ser balizada apenas por questões econômicas, mas também, e sobretudo, pela necessidade de serem garantidos aos indivíduos sujeitos à sua administração os direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Da mesma maneira, a observância aos princípios norteadores da concretização de tais direitos fundamentais mostra-se como obrigatória no Estado Democrático de Direito ora vigente.

É nesse contexto que a análise sobre a realização dos acordos de leniência assume relevância ao consubstanciar a proteção aos direitos fundamentais dos administrados e os princípios constitucionais administrativos. Considerando a gravidade e a recorrência das práticas cometidas com o objetivo de diminuir ou eliminar a concorrência, bem como os danos imensos causados aos indivíduos correlatos a tais práticas, o estudo do tema proposto restou plenamente justificado.

Observou-se, assim, uma dupla acepção na intervenção estatal na economia objetivando combater as práticas anticoncorrenciais: a acepção econômica, concernente ao próprio interesse do Estado de proteger ao menos minimamente a economia, e a acepção relativa ao seu dever de proteção dos direitos dos administrados e, correlatamente, o dever de realização do interesse público. Portanto, possuindo o Estado o dever de combate às práticas anticoncorrenciais pelas razões supracitadas, a análise sobre a eficácia dos acordos de leniência no combate às referidas práticas é de extrema relevância, até mesmo para que seja possibilitado o exercício do controle

de seus atos por parte dos indivíduos titulares dos direitos tutelados pelo Estado. Desse modo, o estudo da temática proposta justificou-se em razão da atualidade e frequência com que as práticas de infração à ordem econômica se apresentam, de modo que a viabilidade de seu desestímulo consensualmente abarca, como já ressaltado, a análise dos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, o que revela, mais uma vez, a relevância do tema proposto.

Assim, destacou-se que o fim da Administração Pública não mais se limita à realização do interesse público pura e simplesmente, mas consiste, também, e sobretudo, na concretização dos direitos fundamentais e na promoção do desenvolvimento nacional sustentável. A Constituição Federal eleva o cidadão à categoria de detentor do poder e partícipe das decisões estatais, o que propiciou a participação da população e uma postura dialógica por parte da Administração Pública, oposta ao autoritarismo patrimonialista que antes vigorava.

Desse modo, a Administração passa a ser conhecida por um caráter consensualista, preocupando-se em atuar horizontalmente para realizar os direitos e garantias fundamentais. A partir desse viés, passaram a ser editados diplomas normativos tendentes à regulação de mecanismos de atividade consensual por parte do Estado, como a previsão de acordos substitutivos de sanção administrativa, o que se diz a respeito, principalmente, do acordo de leniência, o qual prevê a possibilidade de não aplicação de sanção, desde que cumpridos alguns requisitos.

Observando-se a questão no sentido de analisar se o regime jurídico-administrativo que orienta a Administração, baseado na supremacia e na indisponibilidade do interesse público, admite a “substituição” da sanção administrativa pelo acordo de leniência, concluiu-se que, na realidade, como já exposto, a própria ideia de “interesse público” demanda a concretização de outros ditames constitucionais, que devem ser buscados incessantemente, tais como o princípio da eficiência e a tutela ao direito dos consumidores, razão pela qual deve ser adotado o meio realmente mais eficaz para o alcance de tal desiderato.

Além disso, observou-se, também, que, na realidade, não se trata de uma substituição da sanção administrativa, uma vez que a consensualidade e a unilateralidade trabalharão em conjunto para que a cessação da prática infrativa ocorra da maneira mais célere possível. Assim, os princípios referidos não constituem impeditivos à atuação administrativa consensual, bem como a celebração de acordos administrativos não caracteriza uma ofensa a tais princípios, mas busca, outrossim, a própria satisfação do interesse público.

A eficiência administrativa consubstancia, além da ideia de celeridade na prevenção e repressão às infrações à ordem econômica, a garantia de que o interesse público seja alcançado pela forma menos gravosa ao âmbito social e que os destinatários do provimento imperativo

tenham asseguradas as condições de influenciar em sua formação, conformando-se, pelo menos, com a legitimidade da medida. Assim, não se busca mais o mero ato administrativo, busca-se um ato que seja eficaz e possível de ser cumprido por ambas as partes. Ainda, almeja-se um ato que seja capaz de criar harmonia entre a Administração, administrados e agentes econômicos capazes de regular mercados, de modo a transportar tal harmonia ao plano fático das relações.

Ante todo o exposto no presente trabalho, é perfeitamente notável o acordo de leniência como um paradigma, um modelo da atuação consensual estatal, que busca uma forma de aproximação e cooperação, em contraposição a uma atuação unicamente imperativa, e, muitas vezes, ineficiente no combate das práticas anticoncorrenciais. Assim, a consensualidade consiste em efetivo meio de satisfação das finalidades públicas colocado à disposição da Administração Pública ao lado da tradicional forma de atuação administrativa por meio de atos imperativos e unilaterais.

No entanto, não obstante os acordos de leniência possuam regulação específica, também está vinculado, obviamente, aos princípios constitucionais norteadores da consubstanciação dos direitos fundamentais dos administrados, ocasião em que assume relevância especial o princípio constitucional da eficiência. O princípio em questão é um dos basilares do Direito Administrativo ao preceituar o dever de máximo aproveitamento das potencialidades da atividade administrativa no âmbito de realização do interesse público, de modo que o fim da Administração Pública, enquanto possuidora da prerrogativa de manejo de interesses de titularidade alheia, deve sempre ser o alcance de resultados positivos e úteis à coletividade.

Conclui-se, assim, que o acordo de leniência, inserido no âmbito do processo administrativo sancionador antitruste, constitui um instrumento legítimo e potencialmente apto a promover, cada vez mais, o princípio da eficiência administrativa e a realizar o interesse público em sua acepção ampla, qual seja, abarcando os direitos e garantias constitucionalmente assegurados, possuindo extrema relevância a sua análise e desenvolvimento por parte das autoridades públicas, de modo a torná-lo cada vez mais atrativo aos infratores e benéfico à sociedade.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 19. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.
- BARRETO, Carolina Pereira. *A constitucionalização do direito administrativo: os princípios processuais constitucionais no processo administrativo*. 27 mar. 2012. Publicado por barbara_montibeller no E-gov. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o-do-direito-administrativo-os-princ%C3%ADpios-processuais-constitucionais-no>>. Acesso em: 20 maio 2018.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: C. Bastos, 2002.
- BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-31, jan./mar. 2005.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BITTENCOURT, Marcos Vinícios Corrêa. *Estudos de direito público*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- BORGES, Alexandre Walmott. *A ordem econômica e financeira da Constituição e os monopólios: análise das alterações com as reformas de 1995 a 1999*. Curitiba: Juruá, 2002.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Perguntas gerais sobre defesa da concorrência*. Brasília, DF, 19 jan. 2016. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrencia>> . Acesso em: 15 maio 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Serviço de Jurisprudência. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 319-4. Distrito Federal. Questão de Ordem. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 30 abr. 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=918>>. Acesso em 15/05/2018.
- BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- CAMBI, Eduardo; SOUZA, Fernando Machado de. A disponibilidade do interesse público no novo código de processo civil e o princípio da eficiência na administração. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 44, n. 142, p. 150, jun. 2017.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella;

- RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 85-102.
- DROMI, José Roberto. *Derecho administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson de Abreu. *Processo administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FIGUEREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FONT Y LLOVET, Tomás. Desarrollo reciente de los instrumentos de la administración consensual en España. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 365.
- FONSECA, João Leopoldino da. *Direito econômico*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GILBERTO, André Marques. *O processo antitruste sancionador: aspectos processuais na repressão das infrações à concorrência no Brasil*. São Paulo: Lex, 2010.
- GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem econômica constitucional e direito antitruste*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3./4. ed. São Paulo: Malheiros, 1997/1998.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- HARGER, Marcelo. *Princípios constitucionais do processo administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003a.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003b.
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005. p
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MELLO, Shirlei Silmara de Freitas et al. Acordo de leniência: a lógica do consenso na proteção dos interesses difusos tutelados pela lei antitruste. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, Uberlândia, v. 36, p. 575-598, jan. 2008.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MOREIRA NETTO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MOREIRA NETTO, Diogo de Figueiredo. *Novos institutos consensuais da ação administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. 2010. 332 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010,
- RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. Tradução do original em francês publicada em 1975.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, p. 189-222, jul./set. 1997.
- SALOMI, Máira Beauchamp. *O acordo de leniência e seus reflexos penais*. 2012. 293 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- SEMELES, Mirela Halfim. *Interesse público e gestão pública consensual*. 2014. 24 p. Artigo científico de conclusão de curso (Pós-graduação em Direito) – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.
- SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980.

TÁCITO, Caio. Princípio da legalidade e poder de polícia. *Revista de Direito*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, p. 15-25, jul./dez. 2001.

TESSEROLLI, Eduardo Ramos Caron. A consensualidade contemporânea: os exemplos do fomento, do acordo substitutivo de sanção administrativa e o procedimento de manifestação de interesse (PMI). *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 8, p. 60, set./fev. 2016.