

Douglas Miranda Mussi

Leniência como Ferramenta de Combate a Cartéis

Análise da experiência brasileira sob a ótica da
eficiência econômica

Dissertação de mestrado apresentada ao Colegiado de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito, na linha de pesquisa: “Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito”.

Orientador: Prof. Dr. Fabiano Teodoro de Rezende Lara

Universidade Federal de Minas Gerais

Faculdade de Direito

Belo Horizonte - MG

2017

M989I Mussi, Douglas Miranda
Leniência como ferramenta de combate a cartéis : análise da experiência brasileira sob a ótica da eficiência econômica / Douglas Miranda Mussi. – 2017.

Orientador: Fabiano Teodoro de Rezende Lara
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Direito.

1. Direito econômico - Teses 2. Concorrência 3. Trustes industriais I. Título

CDU: 34:33

Dissertação intitulada ***“Leniência como Ferramenta de Combate a Cartéis: Análise da experiência brasileira sob a ótica da eficiência econômica”***, de autoria de mestrando Douglas Miranda Mussi, examinada e considerada _____, com nota _____ (_____), no dia ____/____/____, por banca constituída pelos seguintes membros:

Prof.^a Dr.^a Maria Isabel Vianna de Oliveira Vaz
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof. Dr. Fabiano Teodoro de Resende Lara (orientador)
Universidade Federal de Minas Gerais

RESUMO

Um dos mais importantes instrumentos jurídicos de combate a cartéis é a leniência, que representa promessa de tratamento benevolente ao agente que cooperar voluntariamente na detecção da infração e punição dos demais participantes. Nas últimas décadas, diversos estudos demonstraram ser esse instituto apto, em teoria, a influenciar nas escolhas dos agentes de mercado a ponto de evitar a formação de cartéis, bem como revelar aqueles já existentes e facilitar a aplicação de sanções aos envolvidos. O sucesso de determinado programa de leniência, todavia, deve ser medido pelos ganhos socioeconômicos que é capaz de gerar, representados pela diminuição da quantidade de cartéis na economia. Os dados relativos ao número de cartéis descobertos, de acordos celebrados e de multas aplicadas, assim, não servem para embasar conclusões concretas sobre a eficiência do mecanismo, uma vez que nada dizem a respeito da quantidade de cartéis ativos não descobertos. Levando em conta as dificuldades metodológicas que afetam o estudo do tema, o presente trabalho, partindo da sistematização das bases teóricas construídas pela literatura especializada, apresenta uma análise do Programa Brasileiro de Leniência, mediante comparação com as experiências pioneiras de utilização do mecanismo nos Estados Unidos da América e na União Europeia, que serviram de inspiração para o modelo brasileiro. Parte-se da hipótese de que, apesar da crescente relevância do instituto no âmbito da Política Brasileira de Defesa da Concorrência, ainda há espaço para aprimoramento de seus resultados no combate a cartéis. Esse prognóstico é confirmado, em grande medida, pela constatação de que, nas duas jurisdições paradigma, ocorreram importantes mudanças, tanto na configuração do instituto em si quanto em fatores da política de defesa da concorrência que lhe são externos, que não foram acompanhadas no Brasil. Dentre essas mudanças, destacam-se a extensão dos efeitos da leniência ao campo da responsabilidade civil, a regulamentação da confidencialidade das informações e provas fornecidas pelo delator, o enrijecimento das penalidades para a infração, e o aumento constante dos recursos destinados às atividades de investigação da autoridade antitruste.

PALAVRAS-CHAVE: Política de Defesa da Concorrência; Leniência; Cartel; Análise Econômica do Direito.

ABSTRACT

One of the most important legal instruments to combat cartels is leniency, which represents a promise of benevolent treatment for the agent who cooperates voluntarily in the detection of the infraction and punishment of the other participants. In the last decades, several studies have shown that this institute is, in theory, capable of influencing market agents' choices, avoiding the formation of cartels, as well as revealing already existing collusive agreements and facilitating the application of sanctions to those involved. The success of a given leniency program, however, must be measured by the socioeconomic gains that it can generate, which consists on reducing the number of cartels in the economy. Data on the number of discovered cartels, celebrated agreements or applied fines, therefore, do not serve to support firm conclusions on the efficiency of a leniency program, since they say nothing about the amount of undiscovered assets cartels. Taking into account the methodological difficulties that are imposed on the subject, the present work, starting from the systematization of the theoretical bases built by the specialized literature, presents an analysis of the Brazilian Leniency Program, by comparing it with the pioneering experiences in the use of the mechanism in the United States of America and in the European Union, which served as inspiration for the Brazilian model. It is hypothesized that, despite the growing relevance of the institute within the scope of the Brazilian Competition Policy, there is still room for improvement of its results in the fight against cartels. This prognosis is confirmed, to a large extent, by the fact that in both paradigm jurisdictions important changes took place, both in the configuration of the institute itself and in external defense policy factors that were not followed in Brazil. These changes include the extension of the effects of leniency to the field of civil liability, the regulation of confidentiality of information and evidence provided by the offender, the hardening of penalties for infringement, and the constant increase of resources for investigation activities of the antitrust authority.

KEY-WORDS: Competition Policy; Leniency; Cartel; Economic Analysis of Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I – LENIÊNCIA COMO FERRAMENTA JURÍDICA	13
1.1. Leniência: Definição e aplicabilidade jurídica	13
1.2. Síntese histórica	19
1.3. Leniência no Brasil	22
1.4. A transgressão (e seu combate) como fenômeno econômico	29
1.4.1. Teoria da Dissuasão	31
1.4.2. As organizações criminosas e suas peculiaridades	35
1.4.3. Análise econômica do direito e teoria dos jogos	41
1.5. Objetivos e funções dos mecanismos de leniência	44
CAPÍTULO II – O CARTEL	48
2.1. Conceito e aspectos gerais	49
2.2. Tratamento jurídico	52
2.3. Efeitos	63
2.3.1. Prejuízos aos consumidores	63
2.3.2. Peso morto e ineficiência econômica	65
2.3.3. Desincentivo à inovação e estagnação do desenvolvimento	66
2.3.4. Outros efeitos negativos	67
2.4. Características essenciais	68
2.5. Análise econômica da escolha pela colusão	70
2.5.1. Ganhos esperados	70
2.5.1.1. Margem de lucros proporcionada pela colusão	72
2.5.1.2. Expectativa de vida do cartel	73
2.5.2. Perdas esperadas	79
CAPÍTULO III – LENIÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA	82
3.1. Histórico e tendências	83

3.2. O duplo efeito da leniência sobre os cartéis.....	87
3.3. Os objetivos da leniência no campo concorrencial.....	89
3.4. Fatores relevantes na formatação de um programa de leniência.....	93
3.4.1. Elementos subjetivos: autoridade competente e beneficiário	95
3.4.2. Elementos objetivos: requisitos e benefícios	97
3.4.3. Elementos formais: procedimento e celebração	104
3.4.4. Fatores externos	106
3.5. Análise de eficiência dos mecanismos de leniência no combate a cartéis: revisão de literatura e apontamentos metodológicos	114

CAPÍTULO IV – O PROGRAMA BRASILEIRO DE LENIÊNCIA122

4.1. Política Brasileira de Defesa da Concorrência	123
4.2. Estudo comparado do Programa Brasileiro de Leniência.....	126
4.2.1. Competência	127
4.2.2. Beneficiários.....	129
4.2.3. Requisitos	132
4.2.4. Benefícios	137
4.2.5. Efeitos no campo da responsabilidade civil	146
4.2.6. Procedimento	158
4.2.7. Confidencialidade.....	162
4.2.8. Leniência <i>plus</i>	172
4.2.9. Resultados	175
4.2.10. Fatores externos	178

CONSIDERAÇÕES FINAIS186

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS192

INTRODUÇÃO

Diante da complexidade das relações de mercado, se mostra inviável a identificação, *a priori*, de todas as condutas que configuram atentados à livre concorrência. Todavia, uma atividade específica se sobressai, em virtude da frequência com que ocorre, das dificuldades de sua detecção e, sobretudo, de seus nefastos efeitos socioeconômicos.

Trata-se da formação de cartéis, que representam, em linhas gerais, ajustes ocultos entre empresas independentes, atuantes em um mesmo setor econômico, com o objetivo de preestabelecer regras de atuação e criar um ambiente de mercado artificial, no qual, aparentemente, existem diversos concorrentes, mas que, na verdade, não competem entre si, e, assim, obtêm vantagens típicas da situação de monopólio.

Por se tratar de conduta que depende, invariavelmente, da reunião de um grupo de agentes em torno de uma estrutura institucionalizada com o objetivo de buscar, de forma integrada e coordenada, a obtenção de lucros por meio da prática de atividade comumente tratada como ilícito concorrencial – sujeita, em grande parte do mundo, a sanções pecuniárias e privativas de liberdade – a cartelização se enquadra no conceito amplo de *organização criminosa* (SPAGNOLO, 2008, p. 260; LARA; LUZ, 2015, p. 8).

Os instrumentos jurídicos destinados ao seu combate, assim, devem ser adequados às peculiaridades desse tipo de prática ilícita – que a diferem das transgressões clássicas, praticadas por indivíduos isolados – levando-se em conta, de um lado, as dificuldades de detecção, decorrentes da inexistência, na grande maioria dos casos, de vestígios materiais do acordo colusivo, e, de outro, a natural instabilidade interna desse tipo de organização, gerada pelas dificuldades de coordenação e da possibilidade de traição mútua entre seus membros.

É importante ter em mente, ainda, que as organizações criminosas visam, em geral, à maximização¹ dos ganhos de seus participantes, assim como ocorre

¹ O termo “*maximização*” é um conceito básico da teoria econômica, que diz respeito à representação matemática da escolha, feita por um agente racional, do curso de ação que, dentre todas as condutas possíveis em determinada situação – que não são infinitas, mas sim limitadas por restrições das mais diversas ordens – produz os melhores resultados na busca do objetivo por ele almejado (COOTER; ULEN, 2004, p. 15).

com qualquer associação formal de agentes destinada à prática de atividades de mercado. Apresenta grande relevância, assim, a análise do fenômeno com base em critérios de utilidade típicos da teoria microeconômica², já que, como aponta Giancarlo Spagnolo (2008, p. 271), as decisões sobre a transgressão são tomadas de forma estratégica, mediante avaliação do custo-benefício de cada curso de ação.

Esse ponto tem ainda mais relevância quando se trata da formação de cartéis, pois, no caso de empresas que têm por objeto principal a prática de atividades lícitas, a escolha pela prática da transgressão depende exclusivamente da possibilidade de majoração dos lucros. Em tais condições, a atuação dos agentes em muito se aproxima do modelo de escolha racional pressuposto pela teoria econômica clássica.

Por essas razões, um dos mais importantes mecanismos adotados no combate a cartéis (e a organizações criminosas em geral), é a leniência, que representa uma promessa de tratamento benéfico ao agente que cooperar voluntariamente na detecção da infração e punição dos demais participantes.

Nos últimos anos, a literatura especializada demonstrou, à exaustão, que a leniência, quando utilizada de modo adequado, é apta a interferir diretamente nos incentivos racionais à formação de acordos colusivos entre concorrentes, seja reduzindo os ganhos esperados com essa conduta, mediante diminuição da expectativa de vida da organização, ou majorando as perdas a serem potencialmente enfrentadas pelos seus membros, decorrentes do aumento da probabilidade de detecção e punição da conduta.

Em razão do aparente sucesso obtido, a partir da segunda metade da década de 1990, pela *Corporate Leniency Policy* da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América, o instituto teve rápida expansão, sendo adotado no Direito Comunitário europeu, e, posteriormente, em diversas outras jurisdições, sendo que, no ano de 2010, já eram encontrados mais de 50 programas de leniência no mundo (HAMMOND, 2010, p. 1).

² A microeconomia é o ramo da ciência econômica que tem, por objeto de estudo, o processo de tomada de decisões, por indivíduos e pequenos grupos (como famílias, associações, empresas e agências governamentais), destinadas à alocação de recursos escassos na busca de objetivos conflitantes entre si (COOTER, ULEN, 2004, p. 14).

O Brasil foi um dos primeiros países a adotar o instituto após as experiências pioneiras dos Estados Unidos e da União Europeia, o que foi feito, no ano de 2000, mediante introdução dos artigos 35-B e 35-C na Lei n.º 8.884/1991.

Inicialmente, o mecanismo produziu, entre nós, resultados pouco expressivos – aparentemente em razão de sua importação prematura, sem o prévio estudo e preparo da autoridade antitruste e dos agentes de mercado – sendo o primeiro acordo celebrado somente em 2003, portanto, três anos após a instituição do programa de leniência.

Nos últimos anos – sobretudo a partir da vigência da Lei n.º 12.529/2011, que (re)estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – é possível vislumbrar um significativo crescimento do interesse pela utilização da leniência no campo concorrencial, o que parece demonstrar o aprimoramento do instituto e o amadurecimento da autoridade antitruste brasileira no desempenho de suas atividades de combate a cartéis.

Tendo em vista, entretanto, tratar-se de fenômeno relativamente recente, pressupõe-se ainda existir espaço para melhoramento da configuração e do funcionamento do mecanismo no país, até porque a experiência histórica demonstra que os instrumentos de defesa da concorrência devem estar em constante adaptação, para acompanhar o desenvolvimento de novas estratégias destinadas a viabilizar práticas prejudiciais à economia e à sociedade.

O presente trabalho, assim, apresenta uma análise do Programa Brasileiro de Leniência, baseada na aplicação, à realidade do país, das conclusões teóricas e empíricas existentes na literatura, bem como no estudo comparado de experiências estrangeiras já mais bem consolidadas, buscando verificar os pontos positivos, apontar eventuais problemas ainda existentes e propor soluções para a otimização da eficiência³ do instituto no combate a cartéis.

A verificação da efetiva ocorrência dos resultados esperados, todavia, é uma tarefa para a qual ainda não se conhece um método apropriado, tendo em vista que a real medida de sucesso da leniência – a diminuição do número de cartéis

³³ O termo “*eficiência*” é utilizado, no presente trabalho, em sua concepção econômica clássica, que designa uma situação na qual os recursos disponíveis para a realização de determinada tarefa são utilizados de forma a produzir o melhor resultado, não sendo possível se alcançar ganho idêntico com menor desperdício, nem obter benefícios superiores com o mesmo nível de investimento (COOTER; ULEN, 2004 p. 16).

existentes na economia – não é observável empiricamente, dependendo da análise de fatores indiretos, como o número e a duração dos cartéis descobertos, o tempo entre a detecção e a condenação, a quantidade de acordos celebrados, dentre outros (HARRINGTON JR.; CHANG, 2015, p. 2). Esses problemas metodológicos também são levados em conta no desenvolvimento do trabalho.

O Capítulo I apresenta uma análise aprofundada da leniência como ferramenta jurídica, partindo da precisa definição do instituto e de retrospecto histórico de sua utilização – primeiro, em nível mundial, depois, com foco na experiência brasileira – para, posteriormente, delinear a estrutura lógica racional de seu funcionamento, bem como seus objetivos e funções.

Para tanto, são examinadas, em detalhes, as bases teóricas em que se assenta a análise econômica da transgressão e dos mecanismos jurídicos destinados ao seu combate, partindo do estudo do pioneiro trabalho intitulado *“Crime and Punishment: an Economic Approach”*, de autoria do economista Gary S. Becker, para, posteriormente, entender como suas conclusões – focadas na denominada *“criminalidade clássica”*, na qual o ilícito é praticado por um agente isolado – se adaptam ao contexto das organizações criminosas em geral e, especificamente, aos acordos colusivos entre concorrentes.

Já no Capítulo II, é examinado o fenômeno da formação de cartéis. Após a formulação de um conceito suficiente para abarcar a complexidade do objeto de estudo, analisa-se o surgimento da legislação antitruste nos Estados Unidos e a posterior evolução das teorias hermenêuticas aplicáveis à definição do ilícito, para obter conclusões sobre o tratamento jurídico atualmente dado a essa conduta em diferentes sistemas jurídicos.

Em seguida, são estudados – por óbvio, sem pretensão de exaurimento do tema – os efeitos socioeconômicos e as características essenciais dos cartéis, que os distinguem das transgressões em geral, mesmo daquelas praticadas sob a forma de organização criminosa.

Por fim, são sistematizados, com base no método da análise econômica, os fatores que influenciam na escolha pela colusão, para determinar em que condições se torna viável, do ponto de vista racional, a formação de cartéis, a fim de sustentar posteriores conclusões sobre o funcionamento dos mecanismos de combate a essa conduta.

O Capítulo III se volta novamente à leniência, mas examinando especificamente o seu emprego como instrumento de defesa da concorrência. Após um breve exame do histórico e das tendências atuais do mecanismo no campo antitruste, são estudados, com base nas conclusões obtidas no Capítulo II, os efeitos que podem, potencialmente, ser produzidos pela leniência na lógica interna de um cartel, desde o momento de sua formação até o seu colapso.

Também é analisada a necessidade de se privilegiar, nas escolhas da política de defesa da concorrência, a busca pela prevenção da formação de cartéis, que se mostra mais eficiente – tanto do ponto de vista da tutela do mercado e da livre concorrência quanto no que se refere à alocação e distribuição de recursos sociais – do que a tutela repressiva, que tem lugar após já consumadas as infrações.

Ao final do capítulo, são sistematizados e analisados os fatores relevantes na formatação de um programa de leniência, com base na divisão entre elementos internos – subjetivos, objetivos e formais – ao acordo celebrado entre transgressor e Poder Público, e fatores outros, que lhe são externos, mas diretamente relacionados com seus resultados.

De seu turno, o Capítulo IV é dedicado ao estudo do Programa Brasileiro de Leniência, cujas características e resultados são analisados com base no substrato teórico firmado no decorrer do trabalho e em comparação com os programas dos Estados Unidos e da União Europeia, que se apresentam não só como os precursores da utilização do instituto no combate a cartéis, mas, atualmente, como as mais bem consolidadas experiências nesse campo.

São estudados tanto os avanços obtidos pela Política Brasileira de Defesa da Concorrência nos últimos anos quanto questões ainda pendentes de maior debate e aprimoramento no país.

Por fim, busca-se apresentar conclusões sobre a existência de eventuais imperfeições no modelo de aplicação da leniência adotado pela legislação antitruste brasileira – seja em virtude da configuração dada ao instituto ou de fatores da Política de Defesa da Concorrência que lhe são externos, porém complementares – e, assim, apresentar reflexões críticas acerca das possibilidades de reforma, com o objetivo de maximizar os ganhos socioeconômicos proporcionados por esse mecanismo no campo concorrencial.

CAPÍTULO I – LENIÊNCIA COMO FERRAMENTA JURÍDICA

Sumário

1.1. Leniência: Definição e aplicabilidade jurídica – 1.2. Síntese histórica – 1.3. Leniência no Brasil – 1.4. A transgressão (e seu combate) como fenômeno econômico; 1.4.1. Teoria da Dissuasão; 1.4.2. As organizações criminosas e suas peculiaridades; 1.4.3. Análise econômica do direito e teoria dos jogos – 1.5. Objetivos e funções dos mecanismos de leniência.

O objetivo do presente trabalho, como já dito, é promover uma análise de eficiência da utilização, no Brasil, do instituto da leniência com a finalidade de combater a formação de cartéis.

Em razão das origens relativamente recentes desse objeto de estudo – que ainda pode ser visto como uma inovação, mormente se comparada sua gênese com a de outros institutos jurídicos seculares – é essencial, a fim de se evitar imprecisões terminológicas e conceituais, a sua precisa definição, com delimitação do âmbito de sua aplicabilidade.

Tendo em vista, de outro lado, adoção de um critério de análise que contrasta com aquele comumente adotado na ciência jurídica – qual seja, a eficiência econômica – também é necessário assentar as bases teóricas que sustentam e justificam a pesquisa tal como proposta.

O primeiro Capítulo, assim, se destina ao estabelecimento das premissas terminológica, conceitual e teórica do estudo, o que será feito, nas próximas páginas, partindo-se da precisa definição do instituto da leniência e de retrospecto histórico de sua utilização – primeiro, em nível mundial, depois, com foco na experiência brasileira – para, posteriormente, delinear a estrutura lógica racional de seu funcionamento, os seus objetivos e funções no combate a condutas ilícitas.

1.1. Leniência: Definição e aplicabilidade jurídica

A palavra *leniência* é substantivo que tem suas origens etimológicas mais remotas no termo latino *lenitate* – e suas variações adjetiva, *lenis*, e verbal, *lenio* –

significando, em suas raízes, suavidade, brandura, amenidade, ternura (MAZZUCATO, 2004, p. 11; SALOMI, 2012, p. 129).

Na língua inglesa, além desses significados, o vocábulo – *leniency* – também pode ser utilizado no sentido de indulgência (*indulgency*), clemência (*clemency*), misericórdia (*mercy*)⁴.

Em que pese ser geralmente empregado, no campo jurídico, em situações muito específicas – notadamente nas legislações antitruste e anticorrupção – esse termo pode designar qualquer mecanismo que possibilite, ao agente que viola determinada norma, um tratamento mais benéfico do que aquele genericamente previsto no ordenamento para a conduta ilícita por ele praticada⁵, em troca de algum tipo de colaboração relevante com o Poder Público.

Trata-se de ferramenta jurídica com amplo alcance, que pode ser aplicada nas mais diversas situações e ramos do direito, onde quer que seja necessário o combate estatal a violações às normas jurídicas.

Esse mecanismo funciona através de concessões mútuas nas quais o infrator coopera com as autoridades estatais, que, de seu turno, reagem de forma benevolente – daí o emprego da denominação *leniência* – na aplicação de sanções previstas pela lei para a infração praticada.

Ao contrário dos mecanismos tradicionais destinados a assegurar o cumprimento das leis, portanto, a leniência não se funda em um antagonismo entre o agente transgressor e os agentes estatais encarregados da investigação e punição dos ilícitos, mas sim na busca de um consenso entre eles, que pode produzir melhores resultados.

A leniência, assim, representa importante mecanismo de atuação da chamada “*administração pública consensual*”, que, nos termos da lição de Onofre Alves Batista Júnior (2007, p. 245), dá menor importância aos atos de autoridade, tradicionalmente empregados quase de forma exclusiva pelo Poder Público, buscando flexibilizar e diversificar as ferramentas adotadas na consecução de suas finalidades, inclusive com a utilização de instrumentos típicos do Direito Privado.

⁴ *THE AMERICAN heritage dictionary*. 3. ed. Nova York: Laurel, 1992, p. 477.

⁵ Apesar de ser mais comum a promessa de redução ou extinção das sanções, é possível – e, talvez, recomendável – a previsão de outros tipos de benefícios que se mostrem mais adequados às especificidades do delito, como a concessão de recompensas pecuniárias ou medidas de proteção estatal contra eventuais retaliações pelos infratores prejudicados pela delação.

Mais especificamente, a leniência tem natureza jurídica de transação celebrada entre o autor de uma conduta ilícita e a autoridade estatal competente para promover a aplicação da sanção cabível. Por meio desse negócio jurídico, cada uma das partes envolvidas abre mão de parcela de seus interesses em prol da prevenção ou solução do litígio existente entre elas⁶.

A utilização desse tipo de mecanismo tem fundamento, de um lado, na abertura da participação dos administrados na tomada de decisões pela Administração Pública – evitando, assim, arbitrariedades e distorções – e, de outro, na busca por eficiência na atuação estatal, uma vez que promove a pacificação dos conflitos que envolvem o interesse público com o emprego de uma parcela menor dos recursos sociais (BATISTA JÚNIOR, 2007, pp. 462/463).

Em obra a respeito do combate ao crime organizado, discorre Marcelo B. Mendroni (2015, pp. 131-132) sobre os mecanismos de leniência em âmbito penal:

Sua natureza decorre, entendemos, da aplicação do chamado “Princípio do Consenso”, que, variante do Princípio da Legalidade, permite que as partes entrem em consenso a respeito do destino da situação jurídica do acusado que, por qualquer razão, concorda com a imputação. No Brasil, pelo teor da legislação, esta aplicação do Princípio do Consenso pode atingir aquele que colaborou eficazmente com a administração da justiça.

É, sem dúvida, uma forma de “barganha” que realiza a justiça com o suspeito ou acusado da prática de um crime, ou seja, agentes públicos ficam, por lei, autorizados a realizar “acordos” com criminosos.

Nos Estados Unidos da América, são comumente utilizados de forma indistinta, como sinônimos para designar o mesmo instituto jurídico, os termos leniência (*leniency*), anistia (*amnesty*) e imunidade (*immunity*).

⁶ Segundo Onofre Alves Batista Júnior (2007, p. 328), a transação, no campo da Administração Pública, pressupõe a existência de cinco elementos básicos, quais sejam (i) uma relação jurídico-administrativa controvertida; (ii) a vontade de transigir; (iii) a capacidade do interessado e a competência administrativa para transigir; (iv) um objeto litigioso transacionável, representado por direito disponível ou em relação ao qual há autorização legal expressa de renúncia; e (v) concessões recíprocas entre as partes.

Isso se deve ao fato de que, tradicionalmente, somente é admitida, naquele país, a concessão de leniência total, consistente na isenção integral (imunidade/anistia) das sanções aplicáveis ao infrator. Ao contrário do que ocorre, por exemplo, na União Europeia e no Brasil, não há, nos Estados Unidos, a concessão de redução das penalidades.

Sobre o tema, discorre Scott D. Hammond (2010, p. 02), ex-chefe da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, ao comentar o *Corporate Leniency Program*, focado no combate a cartéis:

In the United States, the Terms corporate “immunity”, “leniency” and “amnesty” are all synonymous and refer to a complete pass from criminal prosecution for a company and its cooperating employees. Under the U.S. Corporate Leniency Program, only one company can qualify. In other jurisdictions, including the E.U., leniency programs offer a 100 percent reduction from fines (referred to as “full immunity”) and also offer cooperating companies that do not win the race for full immunity the possibility of a fine reduction (referred to as “leniency”).

É preciso ter em mente, todavia, que se trata de expressões distintas. Mais especificamente, pode-se dizer, com lastro na lição de João Bosco Leopoldino da Fonseca (2009, p. 61), que há, entre elas, uma relação de gênero e espécie.

O termo “*leniência*” serve para designar qualquer tipo de tratamento benevolente dado ao infrator que coopere com as autoridades⁷, enquanto “*anistia*” e “*imunidade*” têm aplicação restrita à situação na qual nenhuma penalidade é aplicada. A respeito do tema, comenta Paolo Zuppo Mazzucato (2004, p. 14):

Embora, no direito norte-americano, as expressões leniency e amnesty sejam utilizadas indiscriminadamente, é de se observar que a primeira deve ser empregada em referência a toda e qualquer redução de penalidade obtida através de confissão e cooperação de agente infrator, enquanto a segunda, à hipótese de isenção integral

⁷ Ao comentar a introdução, no Brasil, da leniência como instrumento de defesa da concorrência, Ibrahim Acácio Espírito Sobral (2001, p. 132) esclarece que se trata de mecanismo destinado à aplicação de “*qualquer sanção ou obrigação que seja considerada menos severa que aquela exigida na falta de uma cooperação plena e voluntária.*”

de sanção ao primeiro agente a firmar o acordo com o Estado (imunidade).

No mesmo sentido, o relatório sobre políticas de combate a cartéis publicado, em 2002, pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD):

Leniency could mean any reduction in the penalty compared to what would be sought in the absence of full, voluntary co-operation. The clearest, most complete form of leniency is amnesty. In the US program, where cartels are subject to criminal sanctions, “leniency” means immunity from prosecution. In the EU program, leniency is described in terms of reductions in fines. Other enforcement agency decisions that could be considered lenient treatment include agreeing not to refer a matter for criminal prosecution, or not to pursue penalties against individuals. (OECD, 2002, p. 8)⁸

Em outras palavras, além da *leniência total*, que, em teoria, se confunde com imunidade e anistia, é possível haver, também *leniência parcial*, quando há apenas redução do grau das penalidades aplicáveis (LARA; LUZ, 2015, pp. 185-186), ou mesmo *leniência premial*, se houver previsão de recompensas positivas para o agente colaborador.

Essa distinção terminológica é de suma importância, tendo em vista que grande parte dos trabalhos publicados sobre leniência é de autores norte-americanos. Ademais, o estudo do tema no Brasil exige maior cautela com a nomenclatura, uma vez que os termos *anistia* e *imunidade* designam institutos específicos em diferentes ramos do direito, como o penal e o tributário.

Outro necessário apontamento de cunho terminológico diz respeito à relação entre as expressões *leniência* e *delação* (ou *colaboração premiada*)⁹, ambas utilizadas, com certa frequência, no campo jurídico.

⁸ Com raciocínio semelhante, destaca João Bosco Leopoldino da Fonseca (2009, p. 61) que “[...] o termo ‘anistia’ se inclui no conceito mais amplo de ‘leniência’. Essa distinção nem sempre é feita nas exposições sobre a matéria, empregando-se, às vezes, indistintamente os dois termos.”

⁹ “Nesse sentir, podem-se tomar por equivalentes as expressões *delação* e *colaboração processual* assim como o termo [...] *colaboração premiada*.” (FERRO et al, 2014, p. 77).

O legislador brasileiro vem fazendo a opção por empregar o vocábulo *delação/colaboração premiada* em âmbito penal – como ocorre, por exemplo, em relação aos crimes hediondos (Lei n.º 8.072/90), aos crimes praticados por organizações criminosas (Lei n.º 12.850/2013), aos crimes de lavagem ou ocultação de bens (Lei n.º 9.613/98), aos crimes contra a ordem tributária e econômica (Lei n.º 8.137/90), dentre outros – reservando a denominação *acordo de leniência* para o campo das transgressões administrativas, mais especificamente, as infrações contra a ordem econômica (Lei n.º 12.529/2011) e contra a administração pública (Lei n.º 12.846/2013).

Não há, todavia, qualquer distinção ontológica entre essas expressões. Ambas servem para designar institutos jurídicos com a mesma lógica operacional, acima já explicitada, caracterizados por uma espécie de transação firmada entre Poder Público e agente infrator, que fazem concessões mútuas em relação a seus interesses conflitantes.

Em trabalho sobre o combate a cartéis, assim definem a *leniência* Gesner Oliveira e João Grandino Rodas (2004, pp. 41-4):

[A leniência representa] uma transação entre o Estado e o delator que, em troca de informações que viabilizem a instauração, a celeridade e a melhor fundamentação do processo, possibilita um abrandamento ou extinção da sanção em que este incorreria, em virtude de haver também participado na conduta ilegal.

De maneira semelhante, Ana Luiza Ferro, Flávio Pereira e Gustavo Gazzola (2014, p. 109) conceituam a *delação premiada* no âmbito penal:

Em substância, a delação premiada é acordo, portanto negócio jurídico, estabelecido entre o acusado ou investigado e o Estado (as partes), em que aquele declara vontade (jurígena) de colaborar com a persecução penal por meio da prestação de informações sobre demais participantes, bem como sobre a infração penal que lhe é imputada (o objeto), com o propósito de beneficiar-se de extinção da punibilidade, resposta sancionatória mais branda ou do não

ajuizamento de ação penal, o que se condiciona à afirmação de sua relevância probatória.

As expressões em referência, na verdade, guardam entre si uma relação de causa e efeito, revelando o caráter de *mão dupla* do instituto em análise. O transgressor *delata* (ou *coopera*) e, assim, obtém um prêmio, consistente em um tratamento *leniente* – leia-se, indulgente – por parte do Poder Público.

Trata-se, portanto, de “*duas faces da mesma moeda*”, nas palavras de Marcelo Batlouni Mendroni (2015, p. 135):

No caso de crimes de Cartéis, o legislador atribuiu ao instituto o nome de ‘Leniência’. Ambos são, por assim dizer, duas faces da mesma moeda. Trata-se do mesmo Instituto que, genericamente, pode ser tratado como ‘colaboração premiada’.

Com essas considerações, pode-se concluir que, no campo jurídico, a leniência representa um gênero no qual está incluído qualquer mecanismo, previsto no ordenamento jurídico, que possibilite (ou mesmo imponha) ao Estado, no exercício de suas atividades de combate a condutas ilícitas, a concessão de tratamento benevolente ao agente que pratica determinada infração, em troca de um comportamento colaborativo, que permita a pacificação da controvérsia com o menor dispêndio possível de recursos sociais.

1.2. Síntese histórica

A celebração de acordos entre pessoas em posições antagônicas, com a concessão de benefícios por uma parte em troca de cooperação dada pela outra, representa uma técnica de origem incerta, porém muito utilizada – e com sucesso – durante a história da humanidade (SPAGNOLO, 2008, p. 262).

No campo da estratégia política e militar, a conhecida máxima do *dividir e conquistar* (do latim, *divide et impera*)¹⁰ – segundo a qual, para obter domínio sobre territórios pertencentes ao adversário, é necessário enfraquecer suas coalizões e fragmentar seus núcleos de poder – se baseia, dentre outros instrumentos, na

¹⁰ De autoria atribuída ao General romano Caio Júlio César.

obtenção de pactos para gerar traição e desconfiança não interior das linhas inimigas. Essa técnica também era utilizada pelo exército alemão para assegurar as ocupações na França e na Itália durante a Segunda Guerra Mundial, bem como pela organização paramilitar Al-Qaeda, em suas investidas no oriente médio (SPAGNOLO, 2008, nota n. 10).

Como mecanismo jurídico, a concessão de imunidade ou redução de penalidades em troca de cooperação é, provavelmente, tão antiga quanto a própria ideia de combate estatal a condutas ilícitas. (WILS, 2007, p. 14). Diversos são os campos do direito em que já se adotou esse tipo de instituto, como, por exemplo, nos casos de sonegação fiscal, evasão de divisas, imigração ilegal, infrações de trânsito, e até mesmo violações menores como a falta de devolução de livros em bibliotecas públicas (MARCEAU; MONGRAIN, 2000, p. 259).

Nos países de *Common Law*, o denominado *plea bargain* vem sendo utilizado, desde as primeiras décadas do século XIX, como forma de reduzir número de casos criminais levados aos tribunais. Esse instituto permite uma verdadeira barganha entre agentes públicos e pessoas acusadas de prática de crimes, mediante a qual estas, confessando culpa e abdicando do direito a julgamento, obtém benefícios tais como imunidade em relação a outros delitos, redução das sanções, cumprimento de pena em determinada instituição, liberdade condicional, dentre outros. (ALSCHULER, 1979, pp. 3-6).

Na segunda metade do século XX, as legislações de diversos países da Europa – notadamente, Inglaterra, Espanha, Alemanha e Itália – passaram a adotar mecanismos de leniência no combate a ações terroristas, sejam aquelas decorrentes de conflitos políticos ou as praticadas por organizações criminosas comuns, como as máfias (FRANCO *et al*, 2011, pp. 522-523).

Na Itália, aliás, o sucesso do denominado *Maxiprocesso di Palermo* (1986-1992), no qual foram condenadas trezentas e sessenta pessoas por crimes relacionados com as atividades da máfia siciliana, se deveu, em grande parte, ao instituto do dos *collaboratori di giustizia* (*colaboradores da justiça*) – também chamados de *pentiti* (*arrepentidos*) – pelo qual ex-membros colaboraram com as autoridades em troca de vantagens e, sobretudo, proteção contra a violência da organização. (CAWTHORNE; WILKERS, 2009, pp. 227-229)

No ano de 1978, foi instituído, nos Estados Unidos da América, o *Corporate Leniency Program* (*Programa de Leniência Corporativo*), que representa a

origem da moderna configuração da leniência voltada ao combate a condutas anticoncorrenciais, mais especificamente, à formação de cartéis.

Além de promover a expansão desse tipo de mecanismo jurídico para um novo campo do direito, o programa de leniência concorrencial norte-americano representou grande inovação, uma vez que, ao contrário do que tradicionalmente ocorria, a oferta de tratamento benevolente em troca de cooperação do transgressor passou a ser prévia (independente da detecção da infração e de seu autor), genérica (dirigida a qualquer pessoa), e pública (com requisitos, procedimentos e benefícios pré-estabelecidos), como anota Giancarlo Spagnolo (2008, p. 262):

In my view, the feature that makes the leniency programs in antitrust somewhat special, apart from the new field of law enforcement they are directed to, is their being ex ante, general, and public.

Leniency programs are ex ante because—in their first and most innovative parts—they are directed at wrongdoers that have not yet been identified/detected, encouraging these to self-report. Therefore leniency policies may act before detection and the prosecution stage, not only after detection occurred and prosecution began, as plea bargains.

Leniency programs are general in the sense that they apply anonymously to anyone who is in a certain codified situation and behaves or may think of potentially behaving in a certain way.

Leniency programs are public in the sense that even in the United States, where prosecutorial discretion has always allowed for exchanges of leniency against evidence, they take the form of codified, automatic (hence predictable), and publicly advertised policies.

No ano de 1993, o *Corporate Leniency Program* foi reformulado, passando, a partir de então, a produzir resultados expressivos no combate a cartéis. Esse aparente sucesso, por sua vez, levou a uma rápida introdução do instituto em outras legislações antitruste pelo resto do mundo, sobretudo durante a primeira década do século XXI. Enquanto em 1990 a leniência concorrencial se restringia ao programa norte-americano, em 2010 o mecanismo já havia sido adotado em mais de cinquenta países e jurisdições (HAMMOND, 2010. pp. 1-3).

A utilização da leniência no combate a cartéis passou a ser objeto de estudo na Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE a partir do ano de 2000, quando realizada mesa redonda entre os membros do Comitê de Direito e Política de Defesa da Concorrência para discussão das perspectivas de aprimoramento desse instituto (OCDE, 2002, pp. 07-10).

No mesmo ano, foi editada a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado – ratificada pelo Brasil em 2004, e promulgada por meio do Decreto n.º 5.015/2004 – que trata, dentre outras matérias, da necessidade de adoção de mecanismos para encorajar os participantes de grupos criminosos organizados a auxiliarem na sua detecção, desestruturação e punição, em troca de imunidade (ou redução de sanções) e proteção.

Vê-se, pois, que as experiências de sucesso obtidas, durante a segunda metade do século XX, na utilização da leniência como ferramenta de combate a organizações criminosas¹¹, gerou, principalmente a partir do início do século XXI, um movimento internacional de adoção e aprimoramento desses mecanismos.

1.3. Leniência no Brasil

No Brasil, as origens da colaboração entre Poder Público e transgressores remonta às Ordenações Filipinas, vigentes no período compreendido entre os anos de 1603 e 1830 (FERRO *et al*, 2014, p. 71).

Esse ato normativo, em seu Livro Quinto, Título VI, n. 12, prometia perdão ao participante em conspiração contra o Rei – o que era considerado crime de “*lesa majestade*” – que primeiro revelasse a empreitada criminosa, impedindo a consumação de seus resultados. Era possível, ainda, a concessão de recompensa, se o delator não fosse o “*principal tratador*” do conluio¹².

¹¹ Como explanado em detalhes no item 1.4.2 *infra*, a expressão “*organizações criminosas*” é utilizada, no presente trabalho, para fazer referência a quaisquer grupos de indivíduos associados para a prática integrada e coordenada de transgressões, ainda que de natureza não criminal.

¹² “12. E quanto ao que fizer conselho e confederação contra o Rey, se logo sem algum espaço, e antes que per outrem seja descoberto, elle o descobrir, merece perdão. E ainda por isso lhe deve ser feita mercê, segundo o caso merecer, se elle não foi o principal tratador desse conselho e confederação.

Também havia previsão de isenção das penalidades aplicáveis ao participante em outros delitos, especificados no Título CXVI do mesmo Livro, que entregasse os demais envolvidos na infração. Se o delator não fosse partícipe no crime revelado, era-lhe concedido perdão em relação a outro por ele praticado, desde que não fosse mais grave do que aquele¹³.

Após a revogação das Ordenações Filipinas pelo Código Criminal do Império, em 16 de dezembro de 1830, o ordenamento jurídico brasileiro somente voltou a prever mecanismo de leniência cento e sessenta anos depois, com a entrada em vigor da Lei n.º 8.072/90 (FERRO *et al*, 2014, p. 73).

Esse Diploma legal, influenciado por uma crescente sensação de insegurança no país, sobretudo diante da propagação dos chamados “sequestros relâmpago” (FRANCO *et al*, 2011, p. 520), tratou dos denominados crimes

E não o descobrindo logo, se o descobrir depois per espaço de tempo, antes que o Rey seja disso sabedor, nem feita obra por isso, ainda deve ser perdoado, sem haver outra mercê.

Em todo o caso que descobrir o tal conselho, sendo já per outrem descoberto, ou posto em ordem para se descobrir, será havido por commetedor do crime de Lesa Magestade, sem ser relevado da pena, que por isso merecer, pois o revelou em tempo, que o Rey já sabia ou stava de maneira para o não poder deixar de saber.”

¹³ *“Qualquer pessoa, que der á prisão cada hum dos culpados, e participantes em fazer moeda falsa, ou em cercear, ou per qualquer artificio mingoar, ou corromper a verdadeira, ou em falsar nosso sinal, ou sello, ou da Rainha, ou do Principe meu filho, ou em falsar sinal de algum Vêdor de nossa fazenda, ou Dezembargador, ou de outro nosso Oficial Mór, ou de outros Officiaes de nossa Caza, em cousas que toquem a seus Officios, ou em matar, ou ferir com bêsta, ou espingarda, matar com peçonha, ou em dar, ainda que morte della se não siga, em matar atraçoadamente, quebrantar prisões e Cadêas de fora per força, fazer furto, de qualquer sorte e maneira que seja, pôr fogo acinte para queimar fazenda, ou pessoa, forçar mulher, fazer feitiços, testemunhar falso, em soltar presos por sua vontade, sendo Carcereiro, em entrar em mosteiro de Freiras com propósito desonesto, em fazer falsidade em seu Officio, sendo Tabellião, ou Scrivão; tanto que assi der á prisão os ditos malfeitores, ou cada hum delles, e lhes provar, ou forem provados cada hum dos ditos delictos, se esse, que o assi deu á prisão, participante em cada hum dos ditos malefícios, em que He culpado aquelle, que He preso, havemos pro bem que, sendo igual na culpa, seja perdoado livremente, postoque não tenha perdão da parte.*

E se não for participante no mesmo malefício, queremos que haja perdão para si (tendo perdão das partes) de qualquer malefício, que tenha, postoque grave seja, e isto não sendo maior daquelle, em que He culpado o que assi deu á prisão.”

hediondos, definindo-os e buscando criar mecanismos para combatê-los, em atenção ao disposto no artigo 5.º, inciso XLIII, da Constituição Federal¹⁴.

Uma dessas ferramentas, inspirada na legislação antiterror italiana (FRANCO, *et al*, 2011, pp. 523-524), foi a *delação premiada*, prevista no artigo 8.º, parágrafo único, do Diploma legal supramencionado, que possibilita a redução, entre um e dois terços, das penalidades aplicáveis ao agente que denuncie a formação de *quadrilha ou bando*¹⁵ destinada à prática de crimes hediondos e equiparados¹⁶, em especial a extorsão mediante sequestro (caso em que se exige que, da cooperação, resulte facilitação do processo de libertação da vítima).

Alguns anos depois, seguindo as fortes tendências internacionais de combate ao crime organizado, foi estipulada, no art. 6.º da Lei n.º 9.034/95¹⁷ (posteriormente revogada pela Lei n.º 12.850/2013), a possibilidade de redução da pena – também de um a dois terços – relativa a crimes praticados em “*organização criminosa*”¹⁸, mediante colaboração espontânea de participante, que possibilite o esclarecimento das infrações e identificação de seus autores.

¹⁴ “Art. 5.º [...] XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.”

¹⁵ Registre-se que “quadrilha ou bando” era a nomenclatura legal dada, até 2013, para figura típica prevista no artigo 288 do Código Penal, que definia como crime, punível com um a três anos de reclusão, a associação entre três ou mais pessoas para o fim de cometer outros delitos. Com o advento da Lei das Organizações Criminosas (nº 12.850/2013), foi alterada a denominação para “associação criminosa”, além de ter sido criado o crime distinto de “organização criminosa”.

¹⁶ São equiparados aos crimes hediondos para fins de aplicação de determinados institutos jurídicos, nos termos do artigo 5.º, inciso XLIII, da Constituição da República, a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e o terrorismo.

¹⁷ Segundo Ana Luiza A. Ferro *et al.* (2014, p. 78), a Lei n.º 9.034/95 foi fortemente influenciada pelo sucesso, no combate às organizações mafiosas italianas, da chamada da chamada “Operação Mãos Limpas”, levada a efeito naquele país nos primeiros anos da década de 1990.

¹⁸ Apesar de fazer referência a organizações criminosas, a Lei n.º 9.034/95 não as definiu. O termo somente ganhou definição autônoma em nosso ordenamento jurídico com a edição da Lei n.º 13.850/2013, que, em seu artigo 1.º, §1.º, conceitua organização criminosa como sendo a “*associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.*”

A partir de então, esse tipo de mecanismo passou a ser adotado, sob diferentes configurações, no combate a diversos outros crimes, como os praticados contra o Sistema Financeiro Nacional (art. 25, §2.º, da Lei n.º 7.492/86, introduzido pela Lei n.º 9.080/95), os de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (art. 1º, §5º, da Lei n.º 9.613/98), os que afrontam a Ordem Tributária e Econômica (art. 16, parágrafo único, da Lei n.º 8.137/90), bem como os relacionados ao uso, produção e tráfico de drogas (art. 41 da Lei n.º 11.343/2006).

Além dessas previsões específicas, a Lei n.º 9.807/99, que trata, dentre outras matérias, da proteção a acusados ou condenados que colaborem com as investigações policiais e o processo criminal, estabelece, em seu artigo 14, a possibilidade de leniência – mediante redução de um a dois terços da pena – em qualquer tipo de delito, desde que a cooperação seja voluntária e resulte na identificação dos demais coautores ou partícipes, na localização da vítima com vida, e na recuperação, total ou parcial, do produto do crime.

Na esfera penal, é evidente a falta de sistematização do instituto, que ganha diferentes denominações (colaboração premiada, delação premiada, etc.) e pode gerar os mais diversos efeitos jurídicos, como o arquivamento de inquérito policial, a diminuição ou redução de pena, a extinção da punibilidade e, ainda, o perdão judicial (FERRO, 2014, pp. 102-107).

Por outro lado, a leniência no campo da Política de Defesa da Concorrência foi introduzida, em nosso ordenamento jurídico, pela Medida Provisória n.º 2.055/2000 – posteriormente convertida na Lei n.º 10.149/2000 – que promoveu modificações na Lei n.º 8.884/94, acrescentando a seu texto, dentre outros dispositivos, os artigos 35-B e 35-C.

Com a atual Lei de Defesa da Concorrência (n.º 12.529/2011), o programa de leniência foi mantido, com algumas alterações pontuais destinadas ao aprimoramento de seus resultados.

A configuração básica do instituto, todavia, permaneceu inalterada: oferece-se, aos agentes envolvidos em infrações contra a ordem econômica, a possibilidade de obter, mediante revelação da conduta e colaboração efetiva com as investigações e o processo administrativo – de que resulte a identificação dos demais envolvidos e a obtenção de evidências – a exclusão (ou redução, a depender do momento da proposta de acordo) das multas, bem como a extinção da pretensão punitiva estatal por crimes relacionados ao ilícito concorrencial.

As mudanças mais relevantes promovidas pela Lei n.º 12.529/2011 foram a criação da Superintendência-Geral, órgão autônomo, vinculado ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que passou a ser responsável pela celebração dos acordos – no lugar da extinta Secretaria de Direito Econômico, que, em tese, tinha era mais sujeita a pressões políticas – e a revogação da regra segundo a qual não era possível a obtenção de leniência pelo agente considerado como sendo o líder da infração¹⁹.

Mais recentemente, a Lei Anticorrupção (n.º 12.846/2013), com clara inspiração na legislação antitruste (LARA; LUZ, 2015, p. 182), também instituiu programa de leniência, por meio do qual as pessoas jurídicas envolvidas em atos lesivos contra a administração pública podem obter a mitigação das sanções administrativas aplicáveis, mediante colaboração efetiva com as investigações e o processo administrativo (art. 16, *caput*), de que resulte a identificação dos demais envolvidos na infração (inciso I) e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito (inciso II).

O efetivo cumprimento dos termos do acordo de leniência gera, para o signatário, a redução, em até dois terços, do valor da multa aplicável²⁰, bem como a isenção de duas outras sanções previstas na Lei, quais sejam, a publicação extraordinária da decisão condenatória e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades controladas pelo Poder Público (art. 16, §2.º).

Vê-se, pois, que, ao contrário do que ocorre no âmbito anticoncorrencial, o programa de leniência voltado às infrações contra a Administração Pública não possibilita a isenção integral das multas, o que, por si, já representa um desincentivo à utilização do mecanismo (LARA; LUZ, 2015, p. 186).

¹⁹ Para mais detalhes sobre a configuração do atual Programa Brasileiro de Leniência antitruste, regido pela Lei n. 12.529/2011, ver Capítulo IV *infra*.

²⁰ O art. 6.º, inciso I, da Lei n.º 12.846/2013 prevê a aplicação, à pessoa jurídica responsável por ato lesivo à Administração Pública, de multa no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo. Dispõe o §4.º do mesmo Dispositivo que, caso não seja possível estimar o faturamento bruto, a multa pode ser estipulada entre R\$ 6.000,00 (seis mil reais) e R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), de acordo com as circunstâncias. Em qualquer caso, a penalidade pecuniária não pode ser inferior ao valor da vantagem auferida com a infração.

Outra diferença relevante em relação ao congênere antitruste é a inexistência de um órgão especializado que centralize a competência para celebração dos acordos de leniência. No âmbito da Lei Anticorrupção, essa atribuição é difundida entre todos os órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta, por meio de suas respectivas “*autoridades máximas*”.

Essa circunstância certamente pode reduzir os incentivos à delação relacionada a atos lesivos à administração pública, porquanto uma mesma infração pode gerar efeitos para diversos órgãos e/ou entidades de diferentes Poderes e esferas administrativas (municipal, estadual e federal). Ademais, os cargos de “*autoridade máxima*” da Administração Pública, geralmente têm natureza política²¹, sujeitando-se, portanto, a pressões externas que diminuem a segurança dos potenciais interessados na utilização da leniência.

Também divergem parcialmente os dois programas em relação às exigências para celebração de acordos. E assim porque inexiste, na Lei Anticorrupção, do requisito – previsto no art. 86, §1.º, II, da Lei de Defesa da Concorrência – relativo à inexistência de provas suficientes em poder da autoridade competente para assegurar a condenação do aplicante.

Os desdobramentos ocorridos nos primeiros três anos do Programa de Leniência da Lei Anticorrupção demonstram ter ele incorrido em problemas há muito já enfrentados por seu congênere antitruste, relativos, sobretudo, à insegurança sobre seus efeitos.

Mais especificamente, a ausência de previsão de intervenção obrigatória de membro do Ministério Público nos acordos²² gera dúvidas sobre a vinculação dessa instituição aos termos da avença, sobretudo no que se refere ao não ajuizamento de ações criminais, de improbidade, de reparação civil, bem como para

²¹ Como é o caso do Controlador-Geral da União, a quem incumbe a celebração de acordos na esfera federal.

²² O Programa de Leniência antitruste também não previa a participação obrigatória do Ministério Público, o que acarretou sérias dúvidas quanto à possibilidade de ser ele impossibilitado, por ato do CADE, de exercer sua função institucional de promover as ações penais públicas por crimes eventualmente praticados pelo delator. Por essa razão, atualmente, apesar de ainda não existir previsão legal de obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público nos acordos de leniência, é praxe que a Superintendência Geral, após receber proposta sobre infração que também seja considerada crime, dê conhecimento àquela instituição e promova tratativas no sentido de obter a anuência do órgão de execução com atribuição para a persecução penal da conduta.

imposição de outras sanções administrativas previstas na Lei Anticorrupção, como o perdimento de bens, direitos e valores que representem vantagens ou proveitos da infração, a suspensão ou interdição parcial das atividades da pessoa jurídica infratora e a sua dissolução compulsória.

Com claro objetivo de viabilizar a formalização desses acordos, sobretudo no âmbito da chamada “Operação Lava Jato”, foi editada, em 18.12.2015, a Medida Provisória n.º 703/2015, que, dentre outras providências, estabeleceu proibição de que o Ente Federado celebrante ajuíze – ou dê prosseguimento, caso já proposta²³ – qualquer das ações acima mencionadas²⁴ se houver participação, na avença, da respectiva Advocacia Pública²⁵.

Da mesma forma, estabeleceu-se que, em caso de também haver intervenção do Ministério Público, ficaria impedido o ajuizamento ou prosseguimento daquelas demandas, inclusive por outros legitimados à sua propositura²⁶. Essa regra – de questionável constitucionalidade, tanto do ponto de vista formal quanto material – poderia representar impedimento até mesmo ao ajuizamento de ações populares para obtenção de ressarcimento do dano causado aos cofres públicos.

Além disso, buscou-se maximizar os benefícios oferecidos ao signatário de acordo de leniência. Primeiro, previu-se a impossibilidade de aplicação, ao delator, de quaisquer outras sanções pecuniárias que não a multa prevista na Lei Anticorrupção. Segundo, incluiu-se a possibilidade de exclusão integral das multas aplicáveis à primeira pessoa jurídica a firmar acordo envolvendo a infração²⁷. Terceiro, expandiram-se os efeitos da leniência para as sanções – previstas na legislação regente das licitações e contratos administrativos – restritivas do direito de contratar com a Administração Pública²⁸.

²³ A Medida Provisória incluiu o parágrafo único no artigo 20 da Lei n.º 12.864/2013, que permitia a apresentação de proposta de acordo de leniência mesmo após o ajuizamento das ações cabíveis.

²⁴ Houve revogação expressa do artigo 17, §1.º, da Lei de Improbidade Administrativa (n.º 8.429/1992), que vedava a transação, acordo ou conciliação nas ações por ela reguladas.

²⁵ Art. 16, §11, da Lei n.º 12.864/2013, com a redação conferida pela MP n.º 703/2015.

²⁶ Art. 16, §12, da Lei n.º 12.864/2013, com a redação conferida pela MP n.º 703/2015.

²⁷ A Medida Provisória revogou o art. 16, §1.º, inciso I, no qual prevista, como requisito para a celebração do acordo, a necessidade de que a pessoa jurídica fosse a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração do ilícito noticiado.

²⁸ Art. 16, §2, I, II e III, da Lei n.º 12.864/2013, com a redação conferida pela MP n.º 703/2015.

O ato normativo em referência também estipulou regra – geradora de grande polêmica – limitadora da atuação dos Tribunais de Contas, segundo a qual o controle externo dos acordos de leniência relativos à Lei Anticorrupção somente seria realizado *a posteriori*, ou seja, após a formalização do ajuste, e, mesmo assim, exclusivamente para avaliação da adequação do valor estipulado como reparação dos danos causados pelo beneficiário²⁹.

A Medida Provisória n.º 703/2015, além de ser duramente contestada por ter sido editada à revelia dos requisitos constitucionais de relevância e urgência e em proveito de grandes grupos empresariais notoriamente envolvidos em esquemas de corrupção, também não logrou atender aos interesses que a motivaram, sobretudo porque, apesar de ter sido prevista a possibilidade de intervenção do Ministério Público, tal atuação não foi tornada obrigatória e nem disciplinada em sua forma, permanecendo, assim, a insegurança anterior.

Essas circunstâncias, somadas à instabilidade política vivida pelo Governo Federal à época, fizeram com que a Medida Provisória não fosse convertida em lei no prazo constitucional de cento e vinte dias, encerrando sua vigência, portanto, no dia 29.05.2016, com o retorno da disciplina originalmente introduzida pela Lei n. 12.529/2011.

1.4. A transgressão (e seu combate) como fenômeno econômico

A possibilidade de transgressão é inerente à própria existência das regras jurídicas – distinguindo-as, por exemplo, das leis científicas (BOBBIO, 2007, p. 132) – e, por isso, toda sociedade organizada necessita criar mecanismos institucionalizados para prevenção e repressão das condutas que vão de encontro ao *dever ser* imposto pelo Direito (BECKER, 1968, p. 169).

Para que esses instrumentos atinjam seus objetivos, devem ser estruturados de forma a eliminar os fatores que levam uma pessoa a descumprir determinado tipo de norma.

²⁹ Art. 16, §14, da Lei n.º 12.864/2013, com a redação conferida pela MP n.º 703/2015.

As causas do comportamento transgressor são, há muito, objeto de estudo da criminologia, que, tradicionalmente, funda suas explicações em teorias baseadas em fatores biológicos, psicológicos ou sociológicos.

Paralelamente a essas concepções, desenvolveu-se também uma linha teórica que busca estudar o ilícito como um fenômeno econômico, partindo do pressuposto de que a prática de delitos, como qualquer outra atividade humana que envolva emprego de tempo e recursos na obtenção de uma recompensa, depende da análise racional da utilidade que pode proporcionar.

Apesar das controvérsias sobre o tema, não há dúvidas que, tratando-se de transgressões que geram reflexos exclusivamente patrimoniais, tanto para o infrator quanto para a vítima, as explicações fundadas em critérios econômicos representam bases teóricas sólidas para sustentar a necessidade de adoção de determinadas práticas ou mecanismos na prevenção e repressão desses ilícitos.

Em outras palavras, sob esse enfoque, autoridades estatais que atuam no combate a determinado tipo de transgressão devem alocar os recursos disponíveis de forma limitada, ao máximo, os incentivos racionais à sua prática.

Deve-se levar em conta que, se as transgressões geram, por si, perdas para a sociedade – que variam de acordo com o tipo de norma jurídica violada, com a quantidade de ofensas, com a gravidade de suas consequências, dentre outros fatores – o combate às condutas ilícitas também gera custos sociais, uma vez que é necessário o emprego de recursos para dissuadir os potenciais infratores, bem como condenar e punir os autores de transgressões já consumadas. Esse ponto é sintetizado por Polinsky e Shavell (2007, p. 406):

The general problem of public law enforcement may be viewed as one of maximizing social welfare. By social welfare, we refer to the benefits that individuals obtain from their behavior, less the costs that they incur to avoid causing harm, the harm that they do cause, the cost of catching violators, and the costs of imposing sanctions on them (including any costs associated with risk aversion).

Ademais, é importante ter em mente a impossibilidade de se obter uma situação de integral obediência às normas jurídicas, já que os recursos sociais são limitados e, possivelmente, seriam insuficientes para gerar esse cenário ideal

(STIGLER, 1970, p. 56). E mesmo que para tanto bastassem, seria necessário, para erradicar por completo a transgressão, o comprometimento de uma parcela muito expressiva – ou até mesmo a integralidade – daqueles recursos, o que, por óbvio, não é desejável e nem recomendável.

Partindo desses pressupostos, diversos estudos se propuseram, a partir de do final da década de 1960, a encontrar um método científico, baseado na teoria econômica, para determinar a quantidade de recursos que deve efetivamente ser despendida com as atividades destinadas a assegurar o cumprimento das normas jurídicas, a fim de gerar o maior bem-estar social possível (LARA; LUZ, 2015, p. 8).

Trata-se do que pode ser denominado de “Teoria da Dissuasão”³⁰, que tem suas bases o modelo pioneiro criado pelo economista Gary S. Becker³¹, em artigo intitulado “*Crime and Punishment: An economic approach*”, publicado, em 1968, no *The Journal of Political Economy*, o qual, em razão de sua importância para o estudo dos mecanismos de combate às transgressões – como é o caso da leniência – será analisado a seguir.

1.4.1. Teoria da Dissuasão

Segundo explica Becker, apesar da utilização do termo inglês “*crime*” no título de seu trabalho – destinada a minimizar inovações terminológicas – o estudo tem escopo amplo, abrangendo todo e qualquer tipo de violação às normas jurídicas, independentemente de sua natureza:

Although the word "crime" is used in the title to minimize terminological innovations, the analysis is intended to be sufficiently general to cover all violations, not just felonies — like murder, robbery, and assault, which receive so much newspaper coverage—but also tax evasion, the so-called white-collar crimes, and traffic and other

³⁰ Termo utilizado por Fabiano Teodoro Rezende Lara e Reinaldo Diogo Luz (2015, p. 8).

³¹ O pioneirismo de Becker decorre da criação de uma verdadeira teoria científica que busca, com base em critérios econômicos, explicar as causas do comportamento transgressor e oferecer proposições normativas em relação à atuação das autoridades no combate dessas práticas. Ele esclarece, contudo, que seu trabalho foi influenciado pelas obras de Cesare Beccaria e Jeremy Bentham, que, já nos séculos XVIII e XIX, tratavam, ainda que de forma incipiente, do caráter econômico do delito e de seu combate (BECKER, 1968, p. 209).

violations. Looked at this broadly, "crime" is an economically important activity or "industry," notwithstanding the almost total neglect by economists. (BECKER, 1968, p. 170)

O objetivo, assim, é a criação de uma teoria capaz de produzir conclusões normativas sobre o nível ótimo de recursos a serem alocados no combate às transgressões e, por outro lado, sobre a quantidade de ofensas que podem ser toleradas (BECKER, 1968, p. 170). Em outras palavras, busca-se obter “*um nível de obediência às regras jurídicas com o qual a sociedade acredita que pode arcar*” (STIGLER, 1970, p. 56)³².

Toma-se por base agentes com racionalidade ilimitada, para os quais a conduta em desobediência às normas jurídicas não difere de qualquer outra que, considerada lícita, possa gerar externalidades negativas sujeitas a compensação obrigatória, como, por exemplo, as atividades industriais de risco que acarretam danos a terceiros (BECKER, 1968, p. 201).

Pressupõe-se, nas palavras de Becker (1968, p. 176), que algumas pessoas escolhem praticar condutas ilícitas não porque suas motivações básicas são distorcidas, mas porque há, para cada agente, diferentes esquemas custos e benefícios para atingir idênticos objetivos³³.

Partindo do pressuposto de que, agindo racionalmente, cada sujeito busca as melhores recompensas para si, conclui o autor, em primeiro lugar, que determinado agente somente opta por praticar o ilícito se dele puder esperar uma utilidade positiva, ou seja, se os *ganhos potenciais* decorrentes da conduta forem capazes de superar as *perdas esperadas* decorrentes de eventual punição, cujo valor corresponde ao produto da penalidade nominal prevista para o delito pela probabilidade de sua imposição (a qual, por sua vez, depende da eficácia dos instrumentos de detecção, persecução e condenação).

Como não há certeza absoluta sobre as consequências que advirão da escolha pela transgressão, e somente são conhecidos os possíveis resultados e as

³² No original: “*The goal of enforcement, let us assume, is to achieve that degree of compliance with the rule of prescribed (or proscribed) behavior that the society believes it can afford.*”

³³ No original: “*Some persons become ‘criminals’ therefore, not because their basic motivation differs from that of other persons, but because their benefits and costs differ.*”

probabilidades de que eles ocorram, o sujeito, nessa situação, faz sua escolha com base em ponderação de fatores de risco.

Em segundo lugar, sustenta Becker, é necessário que a *utilidade esperada* com a prática da transgressão – que, como já dito, decorre da diferença entre os ganhos e as perdas esperadas – seja superior à utilidade que o mesmo agente poderia obter dedicando-se a atividades lícitas³⁴:

The approach taken here follows the economists' usual analysis of choice and assumes that a person commits an offense if the expected utility to him exceeds the utility he could get by using his time and other resources at other activities. Some persons become "criminals," therefore, not because their basic motivation differs from that of other persons, but because their benefits and costs differ (BECKER, 1968, p. 176).

Sob essa perspectiva, portanto, pressupõe-se que os indivíduos façam uma comparação de resultados entre a obediência e a violação às regras (LARA; LUZ, 2015, p. 8).

Tendo em vista que os ganhos com a transgressão não podem ser diretamente afetados pelas autoridades, essas devem atuar no sentido de majorar as perdas esperadas, que, como visto, correspondem ao produto da sanção pela probabilidade de detecção e punição.

O aumento dessa última variável – probabilidade de detecção e punição dos infratores – está tradicionalmente relacionado a um aumento de custos administrativos, referentes à contratação de pessoal, aquisição de equipamentos, obtenção de novas tecnologias, dentre outros (BECKER, 1968, p. 174).

No que se refere à majoração das sanções, pode ou não implicar em maior dispêndio de recursos, a depender da natureza da penalidade. A privação de liberdade, comumente usada no âmbito criminal, acarreta grandes perdas, uma vez

³⁴ O mesmo ponto é sustentado por Stigler (1970, p. 59), nos seguintes termos: “*The professional criminal seeks income, and for him the usual rules of occupational choice will hold. He will reckon the present value of the expected returns and costs of the criminal activity and compare their difference with the net returns from other criminal activities and from legitimate activities. The costs of failure in the execution of the crime correspond to the costs of failure in other occupations.*”

que, além de gerar custos de manutenção da estrutura prisional, não é capaz de proporcionar a reparação dos danos decorrentes do delito.

Por outro lado, a aplicação de multas é considerada a modalidade mais eficiente do ponto de vista dos custos para a sociedade, uma vez que a punição dos infratores gera a compensação das vítimas, e tudo sem grande dispêndio de recursos, gerando, assim, um baixo custo social³⁵. Nas palavras de Becker:

The total social cost of punishments is the cost to offenders plus the cost or minus the gain to others. Fines produce a gain to the latter that equals the cost to offenders, aside from collection costs, and so the social cost of fines is about zero, as befits a transfer payment. The social cost of probation, imprisonment, and other punishments, however, generally exceeds that to offenders, because others are also hurt (BECKER, 1968. p. 180).

Conclui o autor, assim, que o resultado ideal, do ponto de vista do bem-estar social, será obtido em circunstâncias nas quais as perdas de recursos decorrentes das transgressões forem minimizadas. Contabilizam-se tanto as perdas diretas, referentes aos danos efetivamente causados pelas infrações, quanto as indiretas, relativas aos custos de detecção, persecução, condenação e punição dos agentes envolvidos (BECKER, 1968, p. 207).

As autoridades devem buscar, sustenta, uma alocação eficiente de recursos sociais entre as variáveis “*sanção*” e “*probabilidade de detecção e punição*”, de acordo com as especificidades de cada tipo de delito – e de sua respectiva modalidade de pena – de forma a obter um ponto de equilíbrio no qual

³⁵ Anotam Polinsky e Shavell (2007, p. 430-431) que, na prática, a imposição de multas, como qualquer outra sanção, gera custos decorrentes da necessidade de investigação e persecução da conduta ilícita, e da própria coleta dos respectivos valores. Por outro lado, Sjoerd Arlman (2005, pp. 10-11) vislumbra relevantes efeitos negativos que podem ser gerados pela elevação desmedida de penalidades pecuniárias, como a possibilidade de se levar empresas à falência, o desperdício de recursos sociais utilizados para evitar a punição – seja com mecanismos sofisticados de ocultação e dissimulação da conduta ilícita ou por meio de estratégias de *compliance* – e, ainda, a ineficiência alocativa de recursos, decorrente do receio dos agentes de praticarem determinadas atividades lucrativas sobre cuja licitude não se tenha certeza.

sejam igualados os custos marginais decorrentes da aplicação da lei e das transgressões ainda praticadas.

Em outras palavras, para Becker, o nível ótimo de recursos destinados a assegurar o cumprimento de determinada norma jurídica é aquele no qual um aumento de uma unidade nos “custos indiretos” incorridos para o combate do comportamento ilícito implicaria em uma diminuição menor do que uma unidade nos “custos diretos” decorrentes das próprias transgressões.

1.4.2. As organizações criminosas e suas peculiaridades

A Teoria da Dissuasão, da forma como acima descrita, toma por base a delinquência clássica, na qual as transgressões são cometidas de forma isolada, por apenas um indivíduo racional que analisa os riscos e pauta sua conduta pelo objetivo de maximizar os benefícios a serem obtidos. Nessas circunstâncias, o sucesso da empreitada delituosa depende, exclusivamente, da relação entre a atividade ilícita e os mecanismos destinados à sua detecção e punição.

Essas bases teóricas, todavia, não são suficientes quando se trata de organizações criminosas³⁶, ou seja, conjuntos de indivíduos reunidos em torno de uma estrutura institucionalizada (geralmente, baseada na hierarquia e divisão de trabalho) com o objetivo de buscar, de forma integrada e coordenada, a obtenção de lucros por meio da prática de atividades ilícitas³⁷.

Em que pese o seu grande desenvolvimento após a publicação do trabalho de Becker, a Teoria da Dissuasão permaneceu, até recentemente, focada em delitos isolados, sem dar a devida importância à delinquência organizada, conforme registra Giancarlo Spagnolo (2000, p. 2):

Since Becker's (1968) seminal article, the new field of the economics of Law enforcement has focused mainly on crimes committed by

³⁶ Assim como Becker (1968, p. 170), utilizamos, no presente trabalho, as expressões “crime” e “criminoso” em sentido amplo, para designar qualquer tipo de violação às normas jurídicas, inclusive as que não são, de fato, tratadas como transgressões na esfera penal.

³⁷ Como aponta Marcelo B. Mendroni (2015, p. 51), as transgressões cometidas por organizações criminosas geralmente são ocultadas e dissimuladas por atividades lícitas concomitantemente praticadas pelo grupo.

isolated agents. Though, the most dangerous and far reaching forms of crime are typically organized: illegal activities that involve a number of agents acting together. Besides price-fixing conspiracies [...], organized crime includes all Mafia's and gang's activities, all forms of corruption (where at least two parties are involved, a briber and a bribe), all kinds of illegal trade (smuggling, drugs and arms dealing, etc., where again at least two parties, a buyer and a seller, are involved) large scale frauds, and any other form of crime exercised at too large a scale for an isolated individual.

Como se vê, as organizações criminosas podem se dedicar aos mais diversos tipos de delitos, sobretudo aos que tomam a forma de atividade econômica³⁸, como comércio ilegal (de drogas, armas, ou qualquer mercadoria proibida/irregular), corrupção de agentes públicos, fraude a licitações, sonegação fiscal, formação de cartéis, dentre outros.

Para Marcelo B. Mendroni (2015, pp. 28-30), as organizações criminosas, por representarem verdadeiras instituições dedicadas à prática de delitos, podem ser vistas como “empresas” que têm por objeto atividades ilícitas.

As transgressões cometidas por diversos agentes atuando de forma organizada apresentam peculiaridades que devem ser levadas em conta no estudo dos mecanismos destinados ao seu combate.

Em primeiro lugar, a associação entre múltiplos agentes para o cometimento de delitos enfrenta relevantes problemas de governança interna. Cada indivíduo tem incentivos para trapacear seus comparsas, obtendo, assim, ganhos maiores do que aqueles decorrentes do cumprimento integral do acordado.

Essa característica é destacada por George Stigler no caso de acordos entre concorrentes para fixação de preços:

³⁸ Marcelo B. Mendroni (2015, pp. 65-66) ressalva que os delitos com conteúdo econômico, que proporcionam ganhos em larga escala, representam, em geral, a atividade principal das organizações ilícitas, geralmente acompanhada por outras transgressões anexas, que classifica como secundárias e terciárias. Aquelas geralmente são destinadas a assegurar o bom funcionamento dos “negócios” primários, como intimidações, pequenas fraudes e corrupções, e até mesmo crimes violentos. Já no terceiro nível encontra-se a lavagem de dinheiro, delito destinado a ocultar ou dissimular a origem ilícita do capital e dos bens da organização.

Let us assume that the collusion has been effected, and a price structure agreed upon. It is a well-established proposition that if any member of the agreement can secretly violate it, he will gain larger profits than by conforming to it. It is moreover, surely one of the axioms of human behavior that all agreements whose violation would be profitable to the violator must be enforced. (STIGLER, 1964, p. 46)

As organizações criminosas são, portanto, intrinsecamente instáveis, uma vez que sempre há a desconfiança de que um dos envolvidos pode *“fugir com todo o dinheiro”* (SPAGNOLO, 2008, p. 260). Some-se a isso o fato de que, por se tratar de associação com fins ilícitos, não é possível a utilização dos tradicionais instrumentos jurídicos destinados à estabilização das relações sociais, como, por exemplo, os contratos dotados de força vinculante e com estipulação de sanções aplicáveis para o caso de descumprimento.

Trata-se de uma questão de *“risco moral em equipe”* (*“moral hazard in teams”*), uma vez que existem diversas partes unindo esforços e recursos em uma atividade de risco (*i.e.* de resultados incertos), e o comportamento de cada uma delas não pode ser diretamente observado e controlado pelo demais³⁹.

Nessas circunstâncias, podem surgir inconvenientes decorrentes de *“parasitismo”* (*“free riding”*), quando um agente secretamente deixa de cumprir com suas tarefas, beneficiando-se do esforço dos demais, e de *“retenção”* (*“hold-up”*), situação na qual um agente detentor de melhores condições (seja de informação, de recursos, de poder, etc.) ameaça não executar sua parte no acordo para obrigar os outros a assumirem posição ainda mais desvantajosa.

A segunda característica essencial da delinquência organizada, que decorre diretamente da primeira, acima mencionada, é o fato de que ela precisa se desenvolver na forma de relações dinâmicas de longa duração, e não como um simples ato delituoso isolado (SPAGNOLO, 2008, pp. 260-261).

³⁹ O risco moral é conceituado por Bengt Holmstrom (1982, p. 323) como sendo o *“problema de se induzir os agentes [envolvidos em uma organização econômica] a fornecerem níveis apropriados de produção quando suas ações não podem ser observadas e contratadas diretamente”*. No original: *“Moral hazard refers to the problem of inducing [economic] agents to supply proper amounts of productive inputs when their actions cannot be observed and contracted for directly.”*

E assim porque os incentivos individuais à participação nesse tipo de atividade não dependem exclusivamente da utilidade esperada com uma única conduta, como ocorre na delinquência tradicional, mas sim de fluxos de benefícios e custos presentes e futuros, decorrentes das interações repetidas ao longo do tempo. Quanto maior, portanto, a duração da empreitada, maiores os ganhos esperados para seus participantes e, conseqüentemente, maiores os incentivos para que eles permaneçam fiéis.

Trata-se de um paradoxo. Em curto prazo, a melhor estratégia para cada indivíduo é trair os demais membros do grupo. Todavia, essa traição pode implicar na sua retirada da organização, de forma que não mais será possível obter os ganhos que ela proporciona. Em longo prazo, os ganhos repetidos durante toda a vida da associação podem compensar o ganho único decorrente da traição.

Ao mesmo tempo, se os integrantes da associação mantêm relações dinâmicas e contínuas entre si, torna-se possível a criação de um ambiente mais estável e coeso, mediante institucionalização de uma estrutura organizacional, geralmente baseada em relações hierárquicas, com adoção de mecanismos eficientes de monitoramento da conduta dos participantes, bem como de punição daqueles que vierem a descumprir o acordo⁴⁰.

A adoção de relações contínuas e repetidas no tempo, assim, tem dupla função. Primeiro, aumenta os ganhos esperados pelos participantes, tornando viável a empreitada. Segundo, ajuda a coibir a trapaça, por tornar mais críveis as ameaças de punição aos traidores. Sobre o tema, leciona Giancarlo Spagnolo (2000, p. 3):

This is why organized crime must be repeated in time: then implicit contracts between wrongdoers can be sustained by the “carrot” of expected future gains from the criminal activity together with the “stick” of the (often very harsh) punishments against cheaters.

⁴⁰ Em relação aos cartéis, Levenstein e Suslow (2006, pp. 71-79) sustentam que, quanto mais experiência seus membros tiverem na atuação coordenada, e quanto mais especializada e complexa a estrutura de governança (com o uso eficiente de penalidades e órgãos de decisão centralizada, por exemplo), maior será a duração esperada da associação. Ressalvam, todavia, que apesar de ser necessária a criação de mecanismos de detecção e punição da trapaça, há fatores externos, relacionados à estrutura do mercado (como o número de agentes, o grau de concentração, a existência de barreiras à entrada de novos competidores, etc.), que, muitas vezes, influenciam no sucesso da empreitada de forma mais decisiva.

Exemplifica o mesmo autor com o caso dos atos de corrupção:

Consider, for example, corruption. Unless the Exchange between briber and bribe is perfectly simultaneous, a rare case, to be enforceable corrupt transactions must be repeated frequently enough, so that the expected future gains from the corrupt relation outweigh the short-run temptation to cheat (e.g., to cash the bribe and then not deliver the favor). Alternatively, parties may develop a reputation for being particularly “tough” against “cheaters” (Mafia’s reputation is particularly well advertised), which also requires an ongoing criminal activity that enable to recoup through future illegal benefits the present investments in reputation. Analogous reasoning holds for cartels, gangs, illegal trade, etc., where credible threats are also usually needed to discipline individual behavior within the criminal organization (SPAGNOLO, 2000, p. 3).

Por fim, a terceira característica das organizações ilegais, de suma importância para o estudo dos mecanismos destinados ao seu combate, decorre do fato de que a reunião de diversos agentes para a prática de delitos faz com que cada um detenha informações sobre a conduta dos demais, que podem ser repassadas às autoridades, como anota Giancarlo Spagnolo (2008, p. 261):

When crime is committed by a single agent, this will be very careful about being alone and unobserved, so that nobody can betray him but his own mistakes. With cartels and organized crime, instead, each wrongdoer must coordinate with and monitor the others, and automatically acquires information on the others’ wrongdoing that can potentially be induced to reveal.

Em condições de normalidade, todavia, o participante em uma organização criminosa não tem qualquer incentivo racional para revelar a empreitada, já que isso implicaria na sua própria condenação, juntamente com os demais integrantes.

A leniência representa, justamente, um incentivo para que essas informações sejam reveladas às autoridades, o que pode gerar, por consequência, efeitos não só na detecção e punição das organizações criminosas, mas também na prevenção de sua formação⁴¹.

As três características acima listadas fazem surgir novas variáveis – não levadas em conta pelas primeiras construções da Teoria da Dissuasão – que influenciam diretamente na otimização da política de combate às transgressões cometidas por organizações criminosas (SPAGNOLO, 2008, p. 261).

Nesse campo, é essencial que as autoridades, além de atuarem na diminuição dos incentivos à prática de condutas delituosas, mediante majoração das perdas esperadas, busquem, também, empregar mecanismos que estimulem a defecção por parte dos membros das organizações criminosas – seja mediante desistência pura, pela trapaça, ou até mesmo com delação às autoridades – incrementando assim a instabilidade inerente a esse tipo de associação.

Há, nas palavras de Giancarlo Spagnolo (2008, pp. 260-262), dois tipos de condições à participação em organizações criminosas. A primeira, *“limitação da participação”*, representa a necessidade – também presente na delinquência tradicional – de que a utilidade esperada com essa atividade seja maior do que a que o agente poderia obter em outras consideradas lícitas. A segunda, *“limitação da compatibilidade de incentivos”*, se refere à imprescindível adoção, pela associação, de mecanismos internos que tornem possível a manutenção do acordo, sem defecção por parte dos membros da associação.

Se uma dessas condições não estiver integralmente satisfeita, a escolha racional de qualquer agente será não tomar parte na organização criminosa (ou desistir de nela participar, caso já seja um integrante). Em que pese as autoridades poderem, em tese, influenciar nas duas, é mais fácil – *i.e.* menos custoso – fazer com que a *“limitação da compatibilidade de incentivos”* seja violada, sobretudo mediante utilização da leniência (SPAGNOLO, 2008, p. 261).

Importante ressaltar, todavia, que, como será estudado em momento oportuno, a adoção desse mecanismo não pode simplesmente substituir os demais instrumentos de combate às organizações criminosas, uma vez que, na ausência de um efetivo risco de detecção e punição da transgressão, os incentivos racionais à

⁴¹ A respeito dos objetivos e funções da leniência, vide item 1.5 *infra*.

delação podem ser neutralizados pela perspectiva de ganhos extraordinários sustentados por um longo período de tempo.

1.4.3. Análise econômica do direito e teoria dos jogos

Diante das características das organizações criminosas, que em muito se assemelham a outras corporações formais dedicadas à prática de atividades de mercado – diferenciando-se apenas pela licitude ou não do objeto explorado – é de grande relevância a análise desse fenômeno com base em critérios de utilidade típicos da teoria econômica.

No ambiente de uma organização criminosa, as decisões geralmente são tomadas de forma estratégica, mediante avaliação do custo-benefício de cada curso de ação⁴², conforme destaca Giancarlo Spagnolo (2008, p. 271):

The wrongdoers are well-educated, calculating firm managers, trained in evaluating costs and benefits of choices and to react to incentives, rather than to rage, passions, or instinct.

A vinculação direta entre o funcionamento dos instrumentos jurídicos de combate às organizações criminosas e os seus reflexos econômicos para os participantes na empreitada exige, por parte do jurista, o abandono de uma visão hermética do direito, e a adoção de uma metodologia de estudo adequada à complexidade do objeto observado.

Tem-se, assim, campo fértil para o método da Análise Econômica do Direito, que possibilita a descrição e explicação dos efeitos dos mecanismos jurídicos e a

⁴² Esse ponto tem ainda mais relevância quando se trata da formação de cartéis, uma vez que, em se tratando de empresas que têm, por objeto, a prática de atividades lícitas, a escolha pela transgressão depende, exclusivamente, da possibilidade de obtenção de maiores lucros, e, nessas circunstâncias, os agentes atuam da forma mais próxima possível ao modelo de escolha racional pressuposto pela teoria econômica clássica, como sustenta Marcelo de Lima e Souza (2006, p. 8): *“The use of an utility based theory to understand why individuals engage in illicit activities is even more straightforward on antitrust cases, even though it should not be restricted to this kind of offenses. Individuals and undertakings join efforts to collude because higher prices provide them higher utilities. Collusion is, therefore, an offense as rational and close to the archetype of rational choice as reality permits”*

consequente busca de arranjos institucionais alternativos que possam otimizar a produção dos resultados desejados, gerando um máximo de dissuasão associado a um mínimo de perdas sociais^{43 44}.

Notadamente, apresenta grande relevância a Teoria dos Jogos, ferramenta que possibilita a compreensão, por métodos matemáticos, dos processos de decisão em ambientes de interação estratégica entre sujeitos, como é o caso da formação de organizações criminosas e seu combate por parte do Estado.

Segundo Bierman e Fernandez (2011, p. 4), as chamadas “*decisões estratégicas*”, objeto de estudo da Teoria dos Jogos, se diferenciam de outros tipos de decisões por terem lugar em situações de “*interação entre tomadores de decisões individuais, todos eles com um propósito em vista, cujas decisões têm implicações para outras pessoas*”.

Tratando-se de organizações criminosas, são diversas e recorrentes as situações de interação estratégica entre agentes racionais, cujos resultados influenciam diretamente na modelagem das políticas estatais de combate a esse tipo de conduta delituosa.

Os potenciais participantes decidem, com base na análise de expectativas de ganhos e perdas, se tomam parte na empreitada. Formada a associação, cada

⁴³ Conforme ensina Richard Posner (2007, pp. 24-26), a *Economic Analysis of Law* apresenta uma dimensão positiva, de exposição das normas jurídica e seus resultados, e uma dimensão normativa, vez que o economista pode demonstrar as formas para se atingir, de maneira eficiente, determinados objetivos estabelecidos pela sociedade, mesmo quando existam conflitos de valores envolvidos.

⁴⁴ Registre-se que a abordagem da Análise Econômica do Direito, que toma por base o “*homo economicus*” da teoria econômica clássica – ou seja, o ser humano que busca sempre a maximização de seus ganhos, plenamente capaz de reconhecer e calcular incentivos, bem como identificar as melhores respostas e pautar suas condutas de acordo com esse entendimento – vem sendo objeto de críticas pelos adeptos da escola da Economia Comportamental, com fundamento na existência de características cognitivas irracionais que geram desvios da conduta humana em relação ao comportamento racionalmente esperado. No que se refere especificamente à participação em cartéis, Maurice E. Stucke (2011, pp.269-279) argumenta que as decisões dos executivos são tomadas com base na busca de benefícios imediatos, sem análise das consequências a longo prazo, seja em razão de limitações de força de vontade, de excesso de confiança, de falta de conhecimento sobre as consequências, ou, ainda, como resultado de determinadas situações que tornam a conduta desejável, apesar de reprovada pelo agente, como a pressão por resultados ou a difusão da responsabilidade pela atuação em grupo.

um dos agentes tem, a todo tempo, as possibilidades de cumprir o acordo, de trapacear, de simplesmente desistir, ou, ainda, de delatar os comparsas, caso exista um mecanismo de leniência instituído na ordem jurídica.

A organização como um todo também toma decisões relacionadas às suas atividades. Ao mesmo tempo em que busca maximizar seus lucros – atuando como um verdadeiro agente de mercado – procura solucionar problemas relacionados ao risco moral e, também, evitar a detecção pelas autoridades estatais.

Estas últimas, de seu turno, tomam decisões estratégicas referentes à configuração da política de combate às organizações criminosas, buscando minimizar os prejuízos por elas causados com o menor dispêndio possível de recursos sociais.

O método fornecido pela Teoria dos Jogos, assim, é de grande relevância para o estudo de eficiência dos mecanismos de leniência, que representa mecanismo destinado a atuar diretamente nos incentivos à formação e funcionamento de organizações criminosas.

Ao proporcionar um estímulo à delação, esse instrumento tende a enfraquecer a confiança mútua existente entre os membros da associação, criando um jogo de coordenação com informação imperfeita semelhante ao Dilema do Prisioneiro (SPAGNOLO, 2005, p. 3; LESLIE, 2006, p. 471; LARA; LUZ, 2015, p. 9).

Esse modelo, talvez um dos mais conhecidos da Teoria dos Jogos, representa uma situação na qual dois agentes têm interesses comuns, mas, por serem impedidos de se comunicar para estabelecer uma estratégia conjunta – que seria a mais benéfica para ambos – acabam agindo de maneira egoísta, buscando, cada um, privilegiar seus interesses individuais, o que produz resultados piores tanto para o grupo quanto para os indivíduos.

Apesar de descrever, em sua forma clássica, um contexto muito específico, no qual há uma transgressão já identificada, e seus autores encontram-se sob custódia das autoridades para investigação (SPAGNOLO, 2008, p. 269; LARA; LUZ, 2015, p. 184), o Dilema do Prisioneiro é aplicável a qualquer situação em que seja necessária a coordenação entre agentes que têm interesses individuais conflitantes, como ocorre nas organizações criminosas.

O Dilema do Prisioneiro, na verdade, é um modelo baseado em problemas de confiança. Se há, entre dois agentes, confiança plena, eles optarão, mesmo sem

se comunicar, pela estratégia que beneficia ambos. Quanto menor o grau de confiança, menores as chances de isso acontecer (LESLIE, 2006, p. 271).

A leniência, como já dito acima, é instrumento destinado, justamente, a enfraquecer os laços de confiança entre participantes em uma organização criminosa e, por consequência, dificultar a coordenação entre eles, fazendo com que a delação se torne uma escolha justificável do ponto de vista racional, ainda que não seja, de fato, a estratégia com os melhores resultados, conforme sustenta Christopher R. Leslie (2006, p. 471):

Distrust does not change the payoffs in the prisoner's dilemma matrix. Thus, it would seem that distrust should not be able to disturb a stable, efficient equilibrium. But it can. If each player believes that the probability of its partner confessing is zero, then neither player is better off confessing. As the perceived probability of one's partner confessing increases and the cost of being the sucker increases, it becomes more likely that one's best move is to confess quickly. Distrust does not change the payoffs and therefore cannot create a true prisoner's dilemma. But distrust can change the perceived likelihood of the various outcomes in a manner that makes confession rational.

A partir dessas bases teóricas, é possível identificar quais são os objetivos a serem perseguidos na modelação e operação de mecanismos de leniência, bem como as funções exercidas por esse instituto no combate a organizações criminosas.

1.5. Objetivos e funções dos mecanismos de leniência

A leniência objetiva, em primeiro lugar, promover a prevenção – ou nas palavras de Giancarlo Spagnolo (2008, p. 264), a dissuasão *ex ante* – da formação de novas organizações criminosas, mediante diminuição dos ganhos esperados pelos envolvidos, a ponto de tornar pouco atrativa a participação na empreitada.

O agente que tem a possibilidade de ingressar em uma associação desse tipo somente o fará, do ponto de vista estritamente racional, se essa atividade for potencialmente mais lucrativa do que outras, lícitas ou não. Em outras palavras, há

uma análise de utilidade esperada, que corresponde à diferença entre os ganhos e as perdas potenciais decorrentes de cada curso de conduta.

Os ganhos esperados totais com a participação em uma organização criminosa correspondem ao produto das vantagens extraordinárias periódicas decorrentes da transgressão – *i.e.* benefícios excedentes àqueles que o mesmo agente poderia obter, com o emprego de iguais níveis de tempo, esforço e recursos, em outra atividade – pelo número de períodos de tempo em que a associação se mantém ativa.

Por outro lado, as perdas esperadas correspondem – nos termos da teoria de Gary Becker (1968) – ao produto do valor monetário da sanção prevista pela fração correspondente à probabilidade de detecção e punição.

A leniência, prevista como potencialidade no ordenamento jurídico, pode atuar, em tese, tanto na limitação dos ganhos esperados, mediante incremento da instabilidade interna inerentes às organizações criminosas, com a conseqüente diminuição do tempo provável de duração da associação, quanto na majoração das perdas esperadas, mediante aumento da probabilidade de condenação, uma vez que, com a possibilidade de delação, se torna mais fácil a obtenção de informações relevantes pelas autoridades.

Nos dois casos, é possível vislumbrar uma *função preventiva* da leniência, considerando-se que, em ambos, há a redução dos incentivos para a formação de organizações criminosas.

Em segundo lugar, a leniência objetiva promover a detecção das organizações criminosas já formadas, por meio da criação de incentivos para que seus próprios membros forneçam informações sobre a empreitada (SPAGNOLO, 2008, p. 263).

A possibilidade de obtenção de benefícios em troca da delação representa uma ótima oportunidade não só para o agente que se arrepende ou muda de ideia, mas também para aquele que, por algum motivo, teme que a associação seja descoberta pelas autoridades.

Esse tipo de mecanismo também cria um ambiente de desconfiança entre os participantes da associação, uma vez que qualquer um deles pode, a qualquer momento, entregar os demais às autoridades. E, se um agente desconfia que outro

irá delatar, a melhor estratégia é delatar primeiro⁴⁵, criando-se, assim, um ciclo vicioso de desconfiança e instabilidade.

Além de instigar a delação, a leniência também gera um incentivo à traição no interior das organizações criminosas, uma vez que, identificado, pelos demais membros, o descumprimento do acordo, pode o traidor obter mais um ganho, somando, aos benefícios da trapaça, os decorrentes da delação.

O mecanismo da leniência, assim, também exerce uma *função de detecção*, já que, ao tornar a delação uma escolha racionalmente válida, pode não só proporcionar a identificação de organizações criminosas que se dissolvem espontaneamente, mas também levar à dissolução e revelação de associações ilícitas que, em outras circunstâncias, permaneceriam ativas.

O terceiro – e talvez mais óbvio – objetivo da leniência é o de auxiliar na punição dos participantes em organizações criminosas já detectadas (seja em virtude de fatores externos ou da própria delação), diminuindo as perdas sociais decorrentes da persecução e litigância, em virtude da possibilidade de obtenção de informações relevantes sobre a empreitada, fornecidas pelos próprios participantes sem qualquer custo adicional (SPAGNOLO, 2008, p. 263).

Nessas circunstâncias, há uma situação que se assemelha, em muito, ao Dilema do Prisioneiro clássico (SPAGNOLO, 2008, p. 269; LARA; LUZ, 2015, p. 184), no qual a conduta ilícita já foi descoberta e os agentes envolvidos, sob investigação e sem possibilidade de comunicação, podem, na busca de benefícios para si, revelar mais do que as autoridades já sabem.

A *função punitiva* da leniência tem grande relevância, tendo em vista que uma das maiores dificuldades no combate às organizações criminosas é justamente a obtenção de provas diretas sobre os delitos cometidos, que, como visto acima, geralmente são ocultos e dissimulados, deixando apenas indícios de sua ocorrência.

A obtenção de confissões e outras provas fornecidas pelos próprios integrantes da organização, assim, além de diminuir os recursos e o tempo necessários para se obter a condenação, pode permitir a aplicação de sanções a agentes que, em outras circunstâncias, não seriam punidos por suas transgressões.

⁴⁵ Considerando que, como é comum nos vários mecanismos de leniência de que se tem conhecimento, os benefícios sejam maiores – ou mesmo exclusivos – para o primeiro a delatar.

Essa função, registre-se, difere das duas primeiras pelo fato de que não depende, para sua concretização, da existência de um mecanismo formal de leniência, previsto de forma pública e genérica, com requisitos pré-definidos.

E assim por que, para se produzir esse resultado – facilitação da obtenção de provas suficientes à condenação de envolvidos em organizações criminosas já identificadas – basta que o ordenamento jurídico permita a barganha entre as autoridades e os infratores, como ocorre com o *plea bargain* nos Estados Unidos da América (SPAGNOLO, 2008, p. 269).

CAPÍTULO II – O CARTEL

Sumário

2.1. Conceito e aspectos gerais – 2.2. Tratamento jurídico – 2.3. Efeitos; 2.3.1. Prejuízos aos consumidores; 2.3.2. Peso morto e ineficiência econômica; 2.3.3. Desincentivo à inovação e estagnação do desenvolvimento; 2.3.4. Outros efeitos negativos – 2.4. Características essenciais – 2.5. Análise econômica da escolha pela colusão; 2.5.1. Ganhos esperados; 2.5.1.1. Margem de lucros proporcionada pela colusão; 2.5.1.2. Expectativa de vida do cartel; 2.5.2 Perdas esperadas.

A palavra *cartel* é derivada do termo *carta* – do latim, *charta* – e, em sua utilização primitiva, significava uma comunicação escrita em papel, na qual era feito um desafio para um duelo (BUENO, 1988, p. 636; SILVA, 2014, p. 265).

Servia para designar, em sua origem, tanto o desafio em si quanto os termos do combate, que deveriam ser respeitados pelos dois competidores. Por analogia a esse último uso, a palavra passou a ser empregada – inicialmente na Europa continental – com o significado de um acordo entre comerciantes rivais para limitar a concorrência entre si (PALGRAVE, 1901, p. 229).

O primeiro registro da utilização da palavra cartel com esse significado remonta ao ano de 1879, quando o político alemão Eugen Richter o empregou, em uma reunião do *Reichstag* (o parlamento do chamado “Segundo Império” da Alemanha), para designar as negociações entre produtores de trilhos, pistas e locomotivas, objetivando a venda desses produtos no mercado interno por preços superiores aos praticados na exportação⁴⁶ (HEXNER, 1950, p. 17).

Inicialmente, portanto, o termo cartel designava um fenômeno essencialmente econômico. Em seu emprego contemporâneo, todavia, incorporou forte carga jurídica, para designar uma atividade que, por seus reconhecidos efeitos

⁴⁶ Seguindo a mesma lógica, a palavra *Kartell* também foi utilizada, na Alemanha, para designar um acordo de trégua celebrado, no final do século XIX, entre os partidos conservador e liberal, que concordaram em suspender as hostilidades mútuas em prol da defesa conjunta do império (PALGRAVE, 1901. P. 229).

prejudiciais à economia e à sociedade como um todo⁴⁷, passou a ser considerada ilícita em grande parte do mundo⁴⁸.

De fato, em 1890 – portanto, onze anos após o discurso de Eugen Richter no parlamento alemão – foi editado, nos Estados Unidos da América, o *Sherman Antitrust Act*, que, apesar de não utilizar expressamente a palavra cartel, foi o precursor da disciplina jurídica da matéria, ao proibir acordos entre concorrentes com o objetivo de restringir o comércio ou a indústria naquele país.

Tendo em vista, pois, a complexidade desse fenômeno, que se encontra na tênue fronteira entre o econômico e o jurídico, o presente capítulo se destina, inicialmente, à delimitação do objeto de estudo, com formulação de um conceito suficiente para abarcar suas características essenciais, bem como à análise da gênese e da evolução de seu tratamento por diferentes sistemas jurídicos.

Em seguida, são estudados – por óbvio, sem pretensão de exaurimento do tema – os efeitos socioeconômicos e as características essenciais dos cartéis, que os distinguem das transgressões em geral, mesmo daquelas praticadas sob a forma de organização criminosa.

Por fim, são sistematizados, com base no método da análise econômica, os fatores que influenciam na escolha pela colusão, a fim de se determinar em que condições se torna viável, do ponto de vista racional, a formação de cartéis, a fim de sustentar posteriores conclusões sobre o funcionamento dos mecanismos de combate a essa conduta, em especial, da leniência.

2.1. Conceito

Segundo Calixto Salomão Filho (2003, pp. 262-263), a *colusão horizontal* – ou seja, a conspiração praticada entre agentes atuantes em um mesmo estrato da cadeia produtiva – configura qualquer tipo de acordo entre concorrentes que, não implicando alteração estrutural do mercado, tenha por objetivo a fixação conjunta de

⁴⁷ Sobre os efeitos produzidos pelos cartéis, vide item 2.3 *infra*.

⁴⁸ Sustenta João Bosco Leopoldino da Fonseca (2008, pp. 46-47) que “*Dentre todas as condutas que resultam em infração à ordem econômica, o cartel é certamente a mais grave, justificando-se o maior cuidado das autoridades na identificação, na perseguição das empresas envolvidas e na severidade das punições a serem aplicadas.*”

alguma das principais variáveis concorrenciais⁴⁹, que são preço, quantidade, qualidade e mercado (seja do ponto de vista geográfico ou do produto).

Com a mesma linha de raciocínio, João Bosco Leopoldino da Fonseca (2008, pp. 22-23) conceitua os cartéis com base na enumeração das possíveis condutas a serem praticadas pelos competidores em conluio, acrescentando, todavia, que, independentemente da prática adotada, o objetivo principal é obter ganhos extraordinários, incompatíveis com o regime de concorrência:

“Os cartéis podem conceituar-se como um acordo entre empresas que são concorrentes, para reduzir sua produção, para acordar a respeito de níveis, ou para vender a um preço ajustado entre elas. O objetivo de um cartel é o de manter as posições de cada integrante do mercado e alcançar quer a estabilidade dos preços quer o seu aumento.

Os acordos entre as empresas podem ser explícitos ou tácitos e devem envolver parte substancial do mercado relevante. Têm como objetivo fixar os preços estabelecer quotas de produção e de distribuição, dividir os territórios e com estas medidas conseguir aumentar preços e lucros de maneira uniforme, alcançando níveis próximos do monopólio.

Com terminologia mais voltada à teoria econômica, Herbert Hovenkramp (2011, p. 158) trata o cartel como um acordo entre empresas concorrentes para fixação de níveis de produção e de preços, com o objetivo de obter lucros conjuntos similares aos que seriam obtidos em regime de monopólio⁵⁰:

⁴⁹ Nesse sentido, sustenta Tulio Ascarelli (1973, pp. 17-18) que o cartel representa um acordo que prescreve a *“regulamentação recíproca da concorrência entre seus participantes”*.

⁵⁰ Monopólio representa uma estrutura de mercado na qual há um único agente produzindo/prestando determinado bem/determinado serviço para o qual não existem substitutos próximos, e a entrada de novos competidores é dificultada ou impossibilitada pela existência de barreiras, que podem ser de ordem financeira, geográfica, material (por impossibilidade de acesso a matérias-primas), técnica ou mesmo legal (VASCONCELLOS, 2007, pp. 155-156). Como nessa situação a demanda conjunta de todos os consumidores é idêntica à demanda do monopolista, ele tem o poder de, unilateralmente, estabelecer um equilíbrio de mercado que maximize seus lucros, mediante redução da oferta – e, conseqüentemente, aumento do preço – para o nível em que a receita marginal (ganho adicional decorrente da venda de uma unidade a mais) se iguala ao custo marginal (gasto para produzir uma

A cartel is an agreement among otherwise competing firms to reduce their output to agreed upon levels, or sell at an agreed upon price. The firms acting in concert can earn monopoly profits just as a single-firm monopolist.

No mesmo sentido, Phillip Areeda e Louis Kaplow (1997, p. 166) tratam a cartelização como um fenômeno natural e inerente à economia de mercado, na qual os agentes buscam sempre o aumento dos preços e diminuição da produção, de forma a obter ganhos mais próximos possíveis do nível monopolista:

In the absence of legal impediments, competitors would like to join together in the hope of eliminating competition among themselves, thereby restricting output and raising prices. A perfect scheme would permit them to realize the profits that could be earned if their market were occupied by a single-firm monopolist. As a first approximation, the harm caused by such a cartel would equal that resulting from the hypothetical monopoly.

Vê-se, pois, que apesar de ser mais comum a formação de cartéis para fixação conjunta de preços, diversas são as condutas anticoncorrenciais que podem ser adotadas por agentes de mercado em conluio.

Sem adentrar na casuística das formas pelas quais os cartéis podem atuar, Paula A. Forgioni (2005, p. 398) resume seus objetivos à “*neutralização da concorrência*”, assim os conceituando:

Os acordos celebrados entre empresas concorrentes (que atuam, pois, no mesmo mercado relevante geográfico e material) e que visam a neutralizar a concorrência existente entre elas são denominados *cartéis*.

unidade a mais) (POSNER, 2007, pp. 298-299). Isso gera uma apropriação, pelo monopolista, do excedente dos consumidores (que demandam por mais unidades a preços menores), bem como um peso morto decorrente da ociosidade de recursos do produtor, conforme estudado no item 2.3 *infra*.

No mesmo sentido, o conceito apresentado na cartilha do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, que define o cartel como um *“acordo ou prática concertada entre concorrentes”* que tenha, por objeto, *“qualquer variável concorrencialmente sensível”*, como, por exemplo, os preços, níveis de produção, divisão de mercados, dentre outras (BRASIL, 2016c, p. 14).

A formulação de um conceito que pretenda abarcar todos os tipos de cartel, assim, deve evitar a enumeração de condutas, focando na verdadeira essência da colusão horizontal, que é a obtenção de ganhos extraordinários mediante falseamento das condições naturais de um mercado competitivo, ou, nas palavras de Nelson de Azevedo Branco e Celso de Albuquerque Barreto (1964, p. 30), *“eliminação do processo normal de concorrência”*.

A partir dessas considerações, vislumbram-se três elementos essenciais à caracterização de um cartel, quais sejam (i) o ajuste de desígnios entre empresas autônomas, relativo às suas atividades econômicas; (ii) o objetivo comum de restringir ou eliminar a concorrência entre os participantes e; (iii) a busca de lucros superiores àqueles factíveis em condições normais de mercado.

Pode-se conceituar o cartel, assim, como a convergência de vontades – tácita ou expressa – entre agentes independentes, que figuram como concorrentes em determinado mercado, com o objetivo de preestabelecer regras de atuação, criando, assim, um ambiente de mercado artificial, no qual aparentemente existem diversos competidores, mas que, na verdade, não concorrem entre si, e, assim, obtém ganhos extraordinários, típicos de uma situação de monopólio.

2.2. Tratamento jurídico

Como já descrito, a formação de cartéis representa um fenômeno de natureza econômica, inerente ao modelo de livre concorrência, no qual a tendência natural dos agentes é buscar o controle de parcelas cada vez maiores do mercado para se afastar o máximo possível da estrutura ideal conhecida como competição perfeita e aproximar-se da situação – também ideal – de monopólio.

A concentração de poder econômico pode até ser vista, em determinadas circunstâncias, como benéfica, em razão dos ganhos de escala que, em tese, podem ser proporcionados pelo aumento da produção associado à diminuição dos preços (ANTUNES, 1954, pp. 199-200).

O problema, todavia, está no abuso desse poder, ou seja, a sua utilização distorcida, com a finalidade de interferir negativamente nos resultados da economia, gerando perdas sociais em prol de interesses individuais. Nesse ponto, o fenômeno assume caráter jurídico, passando a ser objeto das normas de Direito Econômico, que, dentre outras funções, se destina a regular a intervenção do Estado nas estruturas de mercado e no comportamento dos agentes:

Os abusos da força econômica são possíveis, mas isto já é questão jurídica; toda a força tende ao abuso, mas a soberania do direito existe, precisamente, para enquadrar, nos limites do interesse coletivo, o desenvolvimento harmônico das energias individuais e grupais. (ANTUNES, 1954, p. 201)

No que se refere especificamente à formação de cartéis, é possível vislumbrar, a partir do final do século XIX, uma tendência mundial ao reconhecimento de que, em razão de seus perversos efeitos socioeconômicos – que dificilmente são compensados por eventuais benefícios – se trata de prática que deve ser vedada pelo sistema jurídico.

Nos Estados Unidos, o *Sherman Antitrust Act*, editado em 1890, se limita, em seus dois primeiros parágrafos⁵¹, a declarar ilegais quaisquer contratos, entendimentos ou conspirações destinados a restringir ou monopolizar a indústria ou o comércio entre os estados ou com nações estrangeiras.

Esse Diploma, precursor na disciplina jurídica da matéria, seguindo a tradição jurídica do *Common Law*, apresenta uma definição genérica, deixando

⁵¹ “§1. Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

§2. Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

aberta, para o Judiciário, a tarefa de definir, na análise dos casos concretos, quais tipos de condutas praticadas por agentes em conluio efetivamente serão consideradas ilegais.

Em um dos primeiros casos de cartel julgados pela Suprema Corte norte-americana com base nesse ato normativo – o *United States v. Trans Missouri Freight Association*⁵² – foram erigidas as bases do que posteriormente passou a ser denominado de *regra per se*, segundo a qual a correta interpretação do §1º do Sherman Act é no sentido de que, ao fazer referência a *qualquer acordo ou combinação destinado a restringir a concorrência*, considerou ilegal todo tipo de ajuste dessa natureza, não cabendo aos juízes limitarem a aplicação da norma com base em considerações sobre a razoabilidade da conduta:

By the simple use of the term 'contract in restraint of trade,' all contracts of that nature, whether valid or otherwise, would be included, and not alone that kind of contract which was invalid and unenforceable as being in unreasonable restraint of trade. When, therefore, the body of an act pronounces as illegal every contract or combination in restraint of trade or commerce among the several states, etc., the plain and ordinary meaning of such language is not limited to that kind of contract alone which is in unreasonable restraint of trade, but all contracts are included in such language, and no exception or limitation can be added without placing in the act that which has been omitted by Congress.⁵³

⁵² Case 166 U.S. 290, 1897.

⁵³ Nessa decisão, também foram feitas considerações sobre as dificuldades práticas da adoção de entendimento diverso, decorrentes da inexistência de critérios objetivos para balizar a caracterização do que seria uma restrição razoável da concorrência: *"If only that kind of contract which is in unreasonable restraint of trade be within the meaning of the statute, and declared therein to be illegal, it is at once apparent that the subject of what is a reasonable rate is attended with great uncertainty. What is a proper standard by which to judge the fact of reasonable rates? Must the rate be so high as to enable the return for the whole business done to amount to a sum sufficient to afford the shareholder a fair and reasonable profit upon his investment? If so, what is a fair and reasonable profit? [...] Or is still another standard to be created, and the reasonableness of the charges tried by the cost of the carriage of the article, and a reasonable profit allowed on that? And, in such case, would contribution to a sinking fund to make repairs upon the roadbed and renewal of cars, etc., be assumed as a proper item? or is the reasonableness of the charge to be tested by reference to the*

Esse entendimento, fundado em interpretação literal do texto do Sherman Act, foi adotado em relevantes decisões tomadas pela Suprema Corte nos anos seguintes, como as proferidas nos casos *United States v. Joint Traffic Assn.*, de 1898, e *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*, de 1899 (AREEDA, KAPLOW, 1997, pp. 176-180).

Todavia, diante da evidente limitação jurídica dessa tese, ela passou, já na primeira década do século XX, a perder sua força (LIMA, 2008, p. 91; FORGIONI, 2005, p. 206), sendo gradualmente substituída pela denominada *regra da razão*, enunciada, pelo Juiz White, no julgamento do caso *Standart Oil Co. of New Jersey v. United States*⁵⁴, nos seguintes termos:

The merely generic enumeration which the statute makes of the acts to which it refers and the absence of any definition of restraint of trade as used in the statute leaves room for but one conclusion, which is that it was expressly designed not to unduly limit the application of the act by precise definition, but, while clearly fixing a standard, that is, by defining the ulterior boundaries which could not be transgressed with impunity, to leave it to be determined by the light of reason, guided by the principles of law and the duty to apply and enforce the public policy embodied in the statute, in every given case whether any particular act or contract was within the contemplation of the statute.

Segundo esse novo marco interpretativo, portanto, a proibição contida no §1º do Sherman Act deve ser vista como um *standart*, ou seja, uma norma jurídica com conteúdo indefinido e variável, a ser definido em concreto, sob a luz da razão e com base nos princípios gerais de direito, e, assim, somente podem ser consideradas ilegais “as práticas que restringem a concorrência de forma não razoável” (FORGIONI, 2005, p. 207).

charges for the transportation of the same kind of property made by other roads similarly situated [...] It is quite apparent, therefore, that it is exceedingly difficult to formulate even the term of the rule itself which should govern in the matter of determining what would be reasonable rates for transportation.”

⁵⁴ Case 211 U.S. 1, 1911.

Apesar de ter sido essa a tônica dominante nas decisões da Suprema Corte norte-americana durante a primeira metade do século XX, não houve uma verdadeira sobreposição da regra da razão sobre a regra *per se*.

Esses dois modelos interpretativos, na verdade, passaram a conviver na jurisprudência e na doutrina concorrencial daquele país, permeando-se mutuamente em processo dialético constante (LIMA, 2008, pp. 100-101), em processo que culminou com a reformulação da regra *per se*, que passou a se basear não na literalidade do texto legal, mas sim na presunção de não razoabilidade de determinadas condutas, em razão de seus perniciosos efeitos sobre a concorrência e da ausência de quaisquer benefícios socioeconômicos que não possam ser obtidos de outra forma⁵⁵, como enunciado pela Suprema Corte no julgamento do Caso *Northern Pacific R. Co. v. United States*⁵⁶:

However, there are certain agreements or practices which, because of their pernicious effect on competition and lack of any redeeming virtue, are conclusively presumed to be unreasonable, and therefore illegal, without elaborate inquiry as to the precise harm they have caused or the business excuse for their use. This principle of *per se* unreasonableness not only makes the type of restraints which are proscribed by the Sherman Act more certain to the benefit of everyone concerned, but it also avoids the necessity for an incredibly complicated and prolonged economic investigation into the entire history of the industry involved, as well as related industries, in an effort to determine at large whether a particular restraint has been unreasonable -- an inquiry so often wholly fruitless when undertaken.

⁵⁵ Esse movimento se deveu, sobretudo, à incerteza causada pela regra da razão, que impede a formulação de uma definição objetiva e apriorística de quais tipos de condutas são consideradas ilícitas (LIMA, 2008, p. 2008). A regra *per se*, todavia, não resolve por completo esses problemas, mesmo após reformulada, uma vez que o enquadramento de determinada prática no tipo considerado ilícito depende, igualmente, de análise interpretativa do caso concreto, geradora de insegurança (AREEDA, KAPLOW, 1997, p. 202).

⁵⁶ Case 306, U.S. 1, 1958.

A partir do início da década de 1960, então, tornou-se consenso, na doutrina e jurisprudência norte-americanas⁵⁷, a aplicação dessa presunção de lesividade ao que se denominou *hard-core cartels* (em tradução livre, cartéis graves), expressão inicialmente utilizada como sinônimo de combinação de preços entre concorrentes, mas que posteriormente passou a ser empregada designar acordos horizontais nos quais há a imposição de “*restrições nuas (naked restraints), absolutas, diretas, principais e não acessórias*” à concorrência, que, por sua essência, “*não geram eficiências nem outros benefícios que sejam resguardados pela ordem econômica.*” (VIEIRA, 2014, pp. 20-21)⁵⁸.

Trata-se, na verdade, do conceito clássico de cartel, sendo que a adição da expressão “*grave*” (“*hard-core*”) tem o objetivo de diferenciar essa conduta de outras práticas concertadas entre competidores que, por terem objetivos que vão além da simples e pura restrição da concorrência para obtenção de lucros extraordinários, podem, em tese, ser consideradas razoáveis, como acordos de troca de informações tecnológicas e de organização de produção/distribuição, *joint ventures* e consórcios (VIEIRA, 2014, p. 21).

Sobre os motivos da aplicação, aos cartéis clássicos (ou “*graves*”), da regra da ilicitude *per se*, comentam Viscusi, *et al.* (2005, p. 137):

A cartel, in contrast to a merger that integrates the productive activities of the firms, can lead only to [...] losses. Cost savings are quite unlikely without actual integration. Hence it is sensible to place

⁵⁷ Como anotam Viscusi, *et al.* (2005, p. 137), o entendimento de que os acordos entre concorrentes para fixação de preços, consolidado na década de 1960, tem suas origens mais remotas no julgamento, pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, realizado ano de 1927, do caso denominado *Trenton Potteries Company* (Case 273, U.S. 392, 396-98), relativo a cartel formado por cerca de vinte e três produtores de cerâmicas sanitárias.

⁵⁸ O termo vem sendo adotado, inclusive, nas publicações oficiais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD), com a consideração de que os *hard-core cartels* representam a mais grave das violações à legislação antitruste, e, conseqüentemente, o principal foco da política de defesa da concorrência, razão pela qual é aconselhada a adoção, pelos países membros, de mecanismos efetivos de combate, bem como sanções adequadas. No original: “*Now that hard-core cartels have been recognised, in the 1998 Council recommendation, as “the most egregious violations” of competition law and hence a principal focus of competition policy and enforcement, Member countries face the challenge to design and implement effective enforcement procedures and adequate sanctions against them.*” (OCDE, 2002, p. 11).

cartels that attempt to fix prices or allocate markets in the per se category. The “inherent nature” of price fixing is to suppress competition, and there are no beneficial effects.

No direito comunitário europeu, a fórmula adotada para disciplina dos acordos entre concorrentes em muito se difere da norte-americana.

O artigo 101 (1) do Tratado sobre Funcionamento da União Europeia (TFUE) – correspondente ao artigo 81 (1) do Tratado de Roma – estabelece vedação à celebração de ajustes entre empresas, à tomada decisões por associações de classe sobre as atividades de seus filiados, e à adoção de práticas concertadas entre concorrentes, sempre que puderem afetar o comércio entre os Estados membros, ou tenham, por objeto ou efeito, a prevenção, restrição, ou distorção da competição no mercado comum⁵⁹.

Vê-se que, ao contrário do que ocorre com o Sherman Act, não basta, para a caracterização de uma conduta como infração concorrencial, o simples fato de que gera restrição à livre concorrência, sendo essencial a constatação de que seja capaz, em tese, de gerar efeitos negativos ao mercado comum.

Não por outro motivo, artigo 101 (3) do mesmo Diploma estabelece que podem ser reconhecidas como lícitas as condutas acima descritas, quando capazes de contribuir para a melhora da produção/distribuição dos produtos, ou para

⁵⁹ “Artigo 101 (1). São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção;
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
- d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.”

promover o progresso técnico/econômico, e desde que limitadas as restrições concorrenciais ao estritamente necessário para a consecução desses objetivos⁶⁰.

Essa sistemática normativa – denominada, por Paula A. Forgioni (2005, p. 216), de “*método das isenções*”⁶¹ – apresenta profundas diferenças em relação à adotada nos Estados Unidos, mas permite, da mesma forma, a adoção da regra da ilegalidade *per se* para os denominados *cartéis hard-core*, que, reconhecidamente, não têm a capacidade – e nem o objetivo – de produzir resultados eficientes do ponto de vista socioeconômico e, assim, podem ser, de antemão, excluídos das hipóteses permissivas supramencionadas.

De fato, a Comissão Europeia, apesar de não se utilizar da expressão ilicitude *per se*, vem adotando esse entendimento, ao tratar das “*restrições da concorrência por objeto*”, denominação dada aos acordos entre concorrentes que, por sua natureza, tenham como objetivo a limitação da livre concorrência.

Nesse sentido, o item 24 da Comunicação n. 2011/C 11/01⁶² – que estabelece de diretrizes para aplicação do artigo 101 do TFUE a acordos horizontais entre concorrentes – dispõe ser desnecessário “*examinar os efeitos reais ou potenciais do acordo no mercado a partir do momento em que o objetivo anticoncorrencial do mesmo esteja provado.*”

⁶⁰ “Artigo 101 (3): As disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis: — a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas, — a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

- a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;
- b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.”

⁶¹ “Quando se trata da utilização do método das isenções, duas normas devem ser levadas em consideração: uma primeira, que veda, de forma geral, as práticas restritivas da concorrência; e uma outra norma, a específica, que autoriza a prática restritiva uma vez concedida a isenção. Qualquer consideração sobre teoria hermenêutica que se pretenda proceder deve partir de dois suportes fáticos apartados e distintos (um geral e um específico) necessários à incidência de duas normas jurídicas diversas.” (FORGIONI, 2005, pp. 216-1217).

⁶² Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:52011XC0114\(04\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:52011XC0114(04)).

Ademais, no *Anti-cartel Enforcement Template* apresentado à *International Competition Network*⁶³ com o objetivo de dar publicidade às regras do direito comunitário europeu aplicáveis a cartéis graves, a Comissão Europeia deixa expresso que acordos de fixação de preços, limitação de oferta, divisão de mercados, consumidores ou fornecedores, e, ainda, para fraude a licitações, devem ser considerados, com base no artigo 101 (1) do TFUE, como ilícitos *per se*, sendo desnecessária a prova dos efeitos anticompetitivos, tendo em vista ser improvável o preenchimento, por esse tipo de conduta, dos critérios – estipulados no artigo 101 (3) – para afastamento da ilicitude.

No Brasil, a Lei n. 12.529/2011, assim como sua antecessora (Lei n. 8.884/94), segue a tendência europeia ao condicionar a análise da licitude de acordos entre competidores e de práticas concorrenciais concertadas aos efeitos – potenciais ou efetivos – da conduta (FORGIONI, 2005, p. 147).

Conforme dispõe o artigo 36 do mencionado Diploma legal, constituem infrações contra a ordem econômica “os atos, sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir” os efeitos listados em seus incisos, dentre os quais se encontram a limitação, falseamento, ou qualquer forma de prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa (inciso I) e o aumento arbitrário dos lucros (inciso II).

Nos termos desse Dispositivo, portanto, os ajustes de vontades entre competidores – sejam tácitos ou explícitos, voluntários ou involuntários – somente serão considerados ilícitos quando tenham a capacidade, ainda que potencial, de gerar prejuízos ao mercado ou aos consumidores.

Apesar da notável diferença com relação ao tratamento normativo dado ao tema nos Estados Unidos, também entre nós é plenamente possível – e, sob o ponto de vista da eficiência da política de defesa da concorrência, desejável⁶⁴ – a adoção da regra *per se*, com seus contornos modernos, para os casos de acordos entre concorrentes com objetivos de prefixação de variáveis concorrenciais sensíveis, como preço, níveis de oferta e parcelas de mercado.

⁶³ Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/template.pdf>

⁶⁴ Para um estudo detalhado sobre as justificativas jurídico-econômicas para adoção da regra da ilicitude *per se* dos cartéis graves no Direito da Concorrência brasileiro, cf. VIEIRA, 2014.

De fato, os cartéis clássicos – ou *cartéis hardcore* – têm sido condenados, pelo CADE, independentemente da discussão sobre a real possibilidade de gerarem prejuízos socioeconômicos.

No julgamento do caso do ‘Cartel da Pedra Britada’⁶⁵, entendeu o Conselheiro Relator, Luiz Carlos Delorme Prado, que o “*Cartel Clássico é uma das exceções no direito antitruste brasileiro em que pode ser caracterizado como ilícito per se, ou seja, é suficiente provar sua existência para determinar sua ilicitude.*” E complementou diferenciando a colusão dos atos de concentração de empresas:

A resposta a esse paradoxo é o fato de que fusões e aquisições podem ter efeitos sobre eficiência. Isto é, em um mundo de concorrência imperfeita, com rendimentos crescentes de escala e escopo, informação assimétrica e onde tecnologia não é um bem livre, em muitos casos a escala de produção da empresa cria condições para aumento de eficiência e capacidade de inovação que beneficia, em última instância, os consumidores.

Portanto, enquanto as fusões e aquisições podem ter um efeito negativo para o consumidor, a partir do aumento do poder de mercado de uma empresa, esses podem ser mais que compensados com o aumento da eficiência que beneficia os consumidores. Isto é, como a legislação antitruste, particularmente em um país em desenvolvimento, não pode ser um freio ao progresso técnico e ao aumento da eficiência da economia, há que se aplicar a regra da razão para se contrapor os efeitos que operam em direções contrárias nos atos de concentração.

Por outro lado, os cartéis geram apenas os efeitos negativos do aumento de poder de mercado, sem qualquer efeito de aumento de eficiência. Portanto, cartéis, particularmente, cartéis clássicos são sem qualquer ambigüidade, nocivos ao bem-estar dos consumidores, e são conseqüentemente um delito *per se* sem possibilidade de qualquer mitigação, por argumentos da regra da razão.

⁶⁵ Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14, Relator: Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, julgado em 13.07.2005

A regra da ilicitude *per se* também foi adotada, pelo CADE, no julgamento de outros processos envolvendo acordos ilícitos entre concorrentes, como nos casos do ‘Cartel de Extração de Areia’⁶⁶, do ‘Cartel dos Combustíveis de Santa Maria’⁶⁷ e do ‘Cartel de Aquecedores Solares’⁶⁸.

No julgamento desse último, o Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior caracterizou a formação de cartel como sendo uma “*infração por objeto*”, em contraposição ao que denominou “*infração por efeito*”:

No caso de formação de cartel, a conduta é reprovável por si só, sem a necessidade de comprovação de efeitos, ao que a lei chama de infração “por objeto” [...]. Caso o julgador opte por estender a análise, a legislação antitruste aponta ainda a vertente da infração “por efeito” [...]. A lei estabelece essas duas possibilidades de análise porque as atividades anticompetitivas geralmente são encobertas, com estratégias que visam à ocultação dos atos praticados. No caso dos cartéis, os atos são ocultados não para a proteção de estratégias comerciais de empresas envolvidas, mas sim em função de sua importância para a caracterização de uma conduta considerada delito pela legislação pátria. Em função dessa natureza, provada a formação de cartel, não há necessidade de se comprovar os efeitos sobre a concorrência ou o bem-estar do consumidor. A violação à ordem econômica, quando comprovada, se dá pelo próprio objeto, e não pelos seus efeitos.

Conclui-se, pois, que, a despeito das diferenças na definição legal das infrações concorrenciais, a tendência, seja nos Estados Unidos, na União Europeia, ou no Brasil, é o reconhecimento da ilicitude *per se* dos cartéis graves – ou *hard-core* – em razão de seus efeitos presumidamente negativos não só para o mercado, mas para a economia em geral, que serão tratados em seguida.

⁶⁶ Processo Administrativo n. 08012.000283/2006-66, Relator: Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo, julgado em 17.12.2008.

⁶⁷ Processo Administrativo n. 08012.004573/2004-17, Relator: Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, julgado em 19.06.2013.

⁶⁸ Processo Administrativo n. 08012.001273/2010-24, Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 05.08.2015.

2.3. Efeitos

A proibição da formação de cartéis em grande parte do mundo decorre da reconhecida necessidade de preservação da livre concorrência, que é essencial à promoção do bem-estar social e do desenvolvimento econômico, como constata João Bosco Leopoldino da Fonseca (2014, p. 318):

Se [os agentes econômicos] têm o direito e o dever de concorrer, estará assegurado o direito à livre iniciativa. Estará assegurado o direito de ingressar no mercado e garantida a sua permanência. Se se garante a livre concorrência, impõe-se aos concorrentes o dever de ofertar sempre o melhor preço, pela melhor qualidade. Estimula-se a inovação. Com a garantia da livre-concorrência, protege-se o consumidor, a quem se garante o direito da livre escolha. Protege-se também o trabalhador, pois que estarão integrando o mercado empresas, grandes, médias, de pequeno porte e microempresas, a propiciar-lhe maior oportunidade de trabalho, com perspectivas de melhores salários.

Diante dessa esclarecedora lição, é possível vislumbrar, no campo econômico, as nocivas consequências da formação de cartéis, que, por restringirem a concorrência, são capazes de alterar os incentivos dos agentes de mercado e causar reações em toda a cadeia produtiva, gerando, assim, graves distúrbios, em âmbito micro e macro.

Por outro lado, essas organizações também acarretam graves prejuízos aos indivíduos que atuam no mercado na condição de consumidores e/ou trabalhadores, produzindo danos que reverberam para todo o corpo social.

Diante dessas considerações, e por razões didáticas, far-se-á, a seguir, uma sistematização dos principais efeitos, apontados pela literatura, que podem decorrer da colusão entre concorrentes.

2.3.1. Prejuízos aos consumidores

Os cartéis, como já visto, têm o objetivo de proporcionar, para seus membros, lucros extraordinários mediante a restrição ou eliminação da concorrência, com criação de situação típica de monopólio. A maximização desses ganhos depende – em raciocínio semelhante ao aplicável no caso do monopólio – da redução dos níveis de oferta ao ponto mais próximo daquele no qual o custo marginal (despesa com a produção de uma unidade a mais) é igual à receita marginal (faturamento com a venda de uma unidade a mais).

A consequência mais óbvia desse tipo de conduta é a diminuição da produção e o aumento dos custos para os consumidores. Segundo estimativa da OCDE (2002, p. 77), os cartéis geram, em média, restrições de 20% na oferta dos produtos/serviços afetados, em comparação com as condições observáveis em situação de livre concorrência. Já John Connor e Robert H. Lande (2008, p. 2209) verificaram, com base na análise de centenas de cartéis identificados desde o século XVIII, a imposição de um sobrepreço médio de 25%.

Do ponto de vista da ciência econômica, essa situação gera uma diminuição do excedente dos consumidores, ou seja, a mitigação da diferença entre o preço máximo que eles estariam dispostos a pagar pelo produto/serviço e aquele efetivamente pago.

Esse excedente é transferido aos membros do cartel, que veem diminuir a diferença entre o preço ótimo – no qual a receita marginal (faturamento com a venda de uma unidade a mais) se iguala ao custo marginal (despesa com a produção de uma unidade a mais) – e o preço efetivamente praticado.

Sobre o tema, vale menção, pela clareza de pensamento, a lição de Ruy Santacruz (2003, p. 418):

O Cartel visa a obtenção de lucros superiores aos que seriam alcançados na ausência de acordo. Nesse caso, o mercado passa e se comporta como num monopólio, e a condição de maximização consideraria a soma dos lucros de todas as empresas. O resultado conjunto obtido seria, portanto, a redução da quantidade total de demanda e o aumento dos preços (e dos lucros totais), implicando a apropriação pelas empresas em colusão do excedente do consumidor, que teria seu bem-estar reduzido.

Há, assim, uma evidente diminuição do bem-estar dos consumidores, já que a necessidade de dispêndio de quantidade de recursos superior à que seria necessária em condições naturais de mercado faz com que o produto/serviço cartelizado somente seja adquirido pelas pessoas mais dispostas à sua aquisição e detentoras de renda suficiente para tanto.

Os demais consumidores acabam privados da aquisição, seja por impossibilidade decorrente da insuficiência de renda ou por indisponibilidade do produto/serviço, gerada pela redução da oferta, como constatado pela extinta Secretaria de Direito Econômico em publicação oficial:

Cartéis prejudicam seriamente os consumidores ao aumentar preços e restringir a oferta, tornando os bens e serviços mais caros ou indisponíveis. (BRASIL, 2009, p. 6)

A prática acertada entre concorrentes implica, ademais, no cerceio do direito de escolha dos consumidores, diante da impossibilidade de comparação de qualidade e preço dos produtos e serviços desejados (MAZZUCATO, 2004. p. 8).

Além disso, os consumidores também são privados do acesso a tecnologias superiores, cuja introdução é desestimulada – ou mesmo vedada – quando se trata de mercado cartelizado.

2.3.2. Peso morto e ineficiência econômica

A apropriação, pelos membros do cartel, do excedente dos consumidores, apesar de acarretar danos sociais, não é necessariamente vista como prejudicial do ponto de vista econômico, uma vez que se trata apenas de uma modificação do esquema de distribuição de recursos dentro da economia.

A restrição forçada da oferta para níveis próximos aos da situação de monopólio, por outro lado, gera, invariavelmente, um segundo efeito, consistente na perda bruta e irrecuperável de bem-estar social, decorrente da existência de um excedente de recursos que não é apropriado nem pelos consumidores nem pelos participantes do cartel.

Esse efeito, denominado de “peso morto” (*deadweight loss*), acarreta não só perdas sociais, mas é, indubitavelmente, gerador de ineficiência econômica,

o que tem levado à adoção de políticas de combate a cartéis em grande parte do mundo, como anota Sjoerd Arlman (2005, p. 3):

By raising the prices to a higher level, the firms capture larger profits leading among others to a smaller surplus for consumers. If this effect would just concern a transfer of surplus from consumers to producers, many economists (especially from the so-called Chicago School) would have no problem with it. However, there is usually a second welfare effect leading to a so-called dead-weight-loss which is an unambiguous loss of welfare for society. Because of this loss of welfare, cartels are *per se* illegal in most jurisdictions in the world and antitrust authorities try to break up these cartels or (optimally) to deter these cartels from forming in the first place.

O “peso morto” decorre da ociosidade de meios de produção - capital, maquinário, terras e mão de obra - que, caso utilizados, seriam absorvidos, na forma de produtos/serviços finais, pelos consumidores.

Na sua busca por ganhos típicos da situação de monopólio, assim, os cartéis são capazes de criar um cenário de ineficiência econômica decorrente da distorção na alocação de recursos sociais (VASCONCELLOS, 2007, p. 165).

2.3.3. Desincentivo à inovação e estagnação do desenvolvimento

A cooperação entre concorrentes também pode gerar um desincentivo à inovação tecnológica, uma vez que é afastada a natural tendência dos agentes de mercado de buscarem formas de se sobressair em relação aos demais.

É possível, inclusive, que a limitação ao aperfeiçoamento dos produtos/serviços e técnicas utilizadas na sua produção/prestação seja, em si, uma das condições do acordo.

Sobre o tema, merece menção a cartilha “*Combate a cartéis e programa de leniência*”, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica:

O poder de um cartel de limitar artificialmente a concorrência traz prejuízos também à inovação, por impedir que outros concorrentes aprimorem seus processos produtivos e lancem novos e melhores

produtos no mercado. Isso resulta em perda de bem-estar do consumidor e, no longo prazo, perda da competitividade da economia como um todo. (BRASIL, 2009, p. 6)

Vê-se, pois, que, ao criarem barreiras à inovação, os cartéis geram consequências danosas não só aos consumidores, que são privados da possibilidade de obterem melhores produtos/serviços, mas, em última análise, ao processo de desenvolvimento da economia, que tem seu motor na combinação entre mudanças tecnológicas e jurídicas (LARA; BELLANTUONO, 2015, p. 18).

2.3.4. Outros efeitos negativos

Para que possa obter os resultados esperados, é essencial que o cartel detenha poder de mercado suficiente para que suas decisões não sejam prejudicadas pela conduta de agentes atuantes no mesmo mercado que não fazem parte da organização, nem por potenciais novos competidores.

A tendência de um cartel, assim, é a atuação no sentido de eliminar concorrentes existentes e impedir a entrada de novos, com a conseqüente criação de um mercado cada vez mais concentrado e com maiores barreiras à entrada.

Esse tipo de alteração na estrutura de determinado segmento econômico pode reverberar, em cascata, em todos os pontos da cadeia produtiva. O cartel, atuando como um agente monopolista, tem poder de, entrando em acordo com determinados fornecedores, atuar de forma a acarretar a exclusão de outros.

A natural restrição da oferta dos produtos/serviços oferecidos pelos integrantes do cartel também promove uma seleção dos consumidores com maior disposição para adquiri-los, o que, por sua vez, acarreta alterações na curva da demanda em relação aos possíveis substitutos.

A restrição da oferta – com conseqüente aumento dos preços – também acarreta uma transferência de renda dos consumidores para os membros do cartel, o que pode gerar a necessidade de alteração em fatores das políticas monetária e fiscal, em virtude da alteração dos níveis de consumo e poupança.

Por outro lado, a tendência à diminuição da oferta de produtos/serviços pelos membros da organização gera uma redução proporcional na demanda por

mão-de-obra no setor, acarretando alterações no mercado de trabalho que podem afetar todo o corpo social.

Vê-se, assim, que a restrição da concorrência pelos cartéis tem o potencial de gerar distorções na economia como um todo, criando situações de ineficiência alocativa e distributiva de recursos sociais, *“com eliminação de empresas, aproveitamento irracional dos fatores produtivos, desperdício, desemprego, e perda de competitividade no cenário internacional”* (MAZZUCATO, 2004, p. 10).

2.4. Características essenciais

Por se tratar de associação entre agentes econômicos com a finalidade de obter lucros por meio da prática integrada e coordenada de atividade ilícita, o cartel em muito se assemelha às organizações criminosas em geral (SPAGNOLO, 2008, p. 260; LARA; LUZ, 2015, p. 8).

Isso implica que a modelagem de uma política de combate a cartéis deve levar em conta as características – descritas no item 1.4.2 *supra* – que distinguem essas transgressões daquelas praticadas por indivíduos isolados, quais sejam, (i) a instabilidade decorrente de problemas de governança interna; (ii) a necessidade de relações dinâmicas de longa duração; e (iii) a obtenção, por cada um dos participantes, de informações sobre a conduta ilícita dos demais.

Os cartéis, todavia, apresentam peculiaridades que também os distinguem das demais organizações criminosas.

A transgressão praticada pelo cartel – fixação de regras de conduta para seus membros – não gera, por si, qualquer ganho, dependendo, para tanto, das atividades lícitas a que se dedicam, de forma isolada, os seus membros.

Em outras palavras, a adoção de práticas concertadas entre concorrentes, apesar de ilícita, não representa – ao contrário do que ocorre, por exemplo, com condutas como tráfico de drogas, corrupção e roubos – uma atividade fim, geradora de recursos para a organização, mas apenas um instrumento para a obtenção de lucros extraordinários.

Como consequência, os participantes de um cartel devem, necessariamente, manter-se praticando, concomitantemente com a transgressão,

suas atividades econômicas habituais, nas quais, em condições naturais, ocupariam posições antagônicas, em razão de seus ganhos serem mutuamente excludentes.

Nessas circunstâncias, pode-se vislumbrar uma tendência ainda maior à trapaça, por implicar não só em maiores ganhos para o agente que descumpra o acordo, mas, também, em uma piora da situação dos demais participantes, que representam potenciais competidores em caso de dissolução do cartel. Em outras palavras, o descumprimento do acordo colusivo gera, para o traidor, grandes vantagens competitivas (ELLIS, WILSON, 2003, p. 33).

Por mais que aceitem cooperar entre si para alcançar um fim comum – qual seja, a obtenção de lucros extraordinários – os participantes em um cartel sempre terão interesses particulares diametralmente opostos, como constata João Bosco Leopoldino da Fonseca (2008, p. 63):

Procura-se explorar a fragilidade interna dos cartéis, que internamente são uma forma de organização instável e eivada de desconfiança entre os participantes. A formação de um cartel pode ser vista como uma trégua entre os participantes, que cessam de concorrer, mas não se pode falar numa aliança estável. Daí a sua intrínseca fragilidade.

A instabilidade inerente às organizações criminosas, assim, é ainda mais acentuada quando se trata de cartéis, uma vez que são maiores os incentivos à trapaça, o que acentua os problemas de governança interna.

Essa instabilidade, como já visto, tem grande influência nos processos de decisão racional dos agentes envolvidos, seja no momento de ingressar na atividade ilícita ou na escolha entre cumprir o acordo, trapacear, ou até mesmo revelar a transgressão às autoridades.

Como consequência, os cartéis dependem, para sua formação e sucesso, de condições internas propícias, uma vez que é essencial a confiança e a coordenação entre seus membros, bem como a existência de mecanismos de detecção e punição de eventuais descumprimentos do ajuste (LEVENSTEIN; SUSLOW, 2006).

Também necessitam, por outro lado, de um ambiente externo favorável à cooperação, tanto em termos de estrutura de mercado – número de agentes,

concentração, custos, elasticidade de demanda, dentre outros fatores (PEPALL *et al.*, 2008) – quanto de (in)eficiência da política de defesa da concorrência.

2.5. Análise econômica da escolha pela colusão

Assim como qualquer organização criminosa, o cartel representa, para seus potenciais integrantes, uma oportunidade de obtenção de vantagens que superam os ganhos possíveis de serem obtidos, com o dispêndio de iguais níveis de recursos, em outras atividades. Por outro lado, por se tratar de uma prática ilícita, também gera a possibilidade de perdas em caso de condenação.

Tomando por base a premissa fundamental da Teoria da Dissuasão⁶⁹, segundo a qual os transgressores buscam, de forma estritamente racional, a maximização de seus ganhos, um agente somente optará por participar de um cartel se isso lhe proporcionar uma utilidade esperada maior do que aquela que decorrerá da prática de suas atividades econômicas normais no mercado.

Em outras palavras, a escolha pela colusão depende, em primeiro lugar, da diferença entre os ganhos extraordinários que podem ser obtidos durante a vida de um cartel e as perdas potenciais decorrentes dessa conduta ilícita, e, em segundo lugar, da comparação entre o resultado dessa equação e a utilidade esperada pelo agente na condução de suas atividades de forma lícita.

Os diversos fatores que influenciam nessa decisão, assim, podem ser separados em dois grupos, quais sejam (i) os ganhos esperados com a infração e (ii) as perdas potenciais dela decorrentes.

2.5.1. Ganhos esperados

Apesar de ser benéfica e desejável para a economia e para a sociedade como um todo, a concorrência é prejudicial aos interesses individuais dos agentes de mercado (FORGIONI, 2005, p. 397), pois invariavelmente limita os lucros, seja em virtude da disputa pela preferência dos consumidores ou da necessidade de investimentos em tecnologia.

⁶⁹ Sobre o tema, v. Cap. I, item 1.4.1, *supra*.

Por essa razão, é da própria essência do regime da livre concorrência o desejo instintivo dos competidores de se sobreporem e eliminarem uns aos outros, para dominar a maior parcela possível do mercado.

Essa aspiração é essencial para o bom funcionamento da economia de mercado, pois fomenta a constante busca por maior eficiência e qualidade nos produtos/serviços, associadas a menores custos para sua produção/prestação⁷⁰. Pode, todavia, dar origem a distorções negativas no ambiente competitivo.

A ‘natural’ busca dos agentes econômicos pela neutralização dos efeitos da concorrência pode levar à prática de abusos de poder econômico, destinados à conquista de posição monopolista, ou à celebração de acordos que reproduzam as condições típicas de monopólio, nas palavras de Paula A. Forgioni (2005, p. 398):

É, portanto, “natural” que os agentes econômicos busquem a supremacia no mercado, para poder dominá-lo e desfrutar das vantagens proporcionadas por um monopólio, afastando a concorrência que tanto prejudica seus interesses.

O agente econômico buscará, então, de forma “natural” a neutralização da concorrência, mediante (i) a conquista de posição monopolística (com a conseqüente eliminação ou neutralização da força competitiva dos agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante, isto é, obtenção do domínio do mercado (...). e/ou (ii) a realização de acordos (de forma a regular ou neutralizar mutuamente a força concorrencial de cada um dos partícipes, reproduzindo condições monopolísticas).

A efetiva formação de um monopólio depende de anos de esforço e dispêndio grandes quantidades de recursos, uma vez que é necessária a gradual eliminação dos concorrentes, seja pela introdução de tecnologias e técnicas superiores, pela execução de atos de concentração – que, muitas vezes, são dificultados ou inviabilizados pelas legislações antitruste – ou mesmo pela adoção de práticas predatórias (HOVENKAMP, 2011, p. 159).

⁷⁰ Justamente por isso, é considerada lícita, pelo artigo 36, §2.º, da Lei n.º 12.529/2011 (correspondente ao artigo 20, §2.º, da Lei n.º 8.884/1994, a conquista de posição dominante em determinado mercado, quando decorrente de “*processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores*”.

O cartel, assim, representa uma alternativa que pode gerar, de forma imediata e menos custosa, a neutralização dos efeitos negativos da concorrência para os agentes de mercado.

É evidente, todavia, que os lucros que podem ser obtidos por um único agente detentor de posição dominante em determinado mercado são superiores, em muito, àqueles alcançados pelos membros de um cartel, já que, além de haver, nesse último caso, a divisão da renda decorrente da situação de monopólio pelo número de participantes do acordo, também existem problemas de coordenação e concorrência potencial, não enfrentados no primeiro caso.

Em outras palavras, tanto o monopólio efetivo quanto o cartel geram ganhos superiores aos que seriam possíveis em uma situação de livre concorrência, mas as vantagens individuais proporcionadas no segundo caso são inferiores e mais incertas em relação às do primeiro.

Diante dessas considerações, é de suma importância, na análise da escolha racional pela colusão, o estudo dos fatores que influenciam no diferencial entre os ganhos esperados por determinado agente caso venha a ingressar em um cartel e aqueles que esse mesmo agente poderia obter praticando suas atividades de forma lícita.

2.5.1.1. Margem de lucros proporcionada pela colusão

A primeira variável – e talvez a mais óbvia – que afeta o diferencial de ganhos é o valor dos benefícios excedentes proporcionados pela formação do cartel. Tratando-se de agentes de mercado que, independente da existência ou não de um acordo colusivo, praticam suas atividades econômicas na busca de lucros, os ganhos totais de cada participante da organização correspondem aos ganhos que normalmente obteriam agindo de forma lícita, acrescidos de uma margem de lucros proporcionada pelo ilícito.

Como a escolha racional pela colusão depende do confronto de resultados esperados entre a transgressão e a conduta lícita, o primeiro passo do processo decisório é a avaliação do aumento que a primeira pode proporcionar nos ganhos naturalmente obtidos pelo agente com suas atividades.

A margem de aumento dos ganhos depende, essencialmente – mas não exclusivamente – do poder de mercado do cartel (quanto maior, mais se aproxima

da conduta e dos lucros de um monopolista)⁷¹ e do número de participantes na organização (quanto menor, maior a parcela que cada um obterá dos lucros totais).

Essa margem, todavia, não é a mesma para todos os potenciais participantes, uma vez que, dadas as naturais diferenças de custos e capacidade entre eles, o nível de produção – e, conseqüentemente, o preço – fixado pelo cartel, invariavelmente, gera maiores lucros para uns do que para outros (POSNER; EASTERBROOK, 1981, p. 97; VISCUSI; *et al.*, 2005, p. 123).

A comparação entre os ganhos normais obtidos em regime de concorrência e os lucros extraordinários decorrentes da formação de cartel, nesse ponto, é estática, ou seja, leva em consideração a análise dos resultados esperados por determinado agente com emprego de idênticos níveis de esforço e recursos, em um único período de tempo.

Ocorre que, como visto no item 1.4.2 *supra*, os incentivos individuais à participação em um cartel – assim como ocorre com as organizações criminosas em geral – dependem dos fluxos dinâmicos de benefícios decorrentes da reiteração da atividade ilícita ao longo do tempo.

Por essa razão, a análise da escolha racional pela colusão deve levar em conta não só o valor estático da margem de lucro adicional esperada em determinado período de tempo, mas também a quantidade de períodos em que aqueles ganhos extraordinários poderão ser obtidos.

2.5.1.2. Expectativa de vida do cartel

A segunda variável que afeta o diferencial de ganhos, portanto, é o tempo esperado de duração de um cartel.

Segundo Arlman (2005, p. 6), a duração média de acordos colusivos entre concorrentes varia entre 5 e 7 anos. Em levantamento feito com base no exame de 81 cartéis internacionais detectados pelas autoridades antitruste dos Estados

⁷¹ Segundo Ruy Santacruz (2003, p. 419), “*uma das condições para a formação de cartel é a existência de poder de mercado por parte das empresas envolvidas*”, já que, caso exista a possibilidade de suas decisões serem infirmadas por outros competidores, “*o risco associado à prática do conluio não poderia ser compensado em termos de preços e lucros mais elevados*”, e, nessas condições “*não há a menor racionalidade econômica na prática de cartel, porque não há a expectativa de lucros extraordinários decorrentes do falseamento da concorrência*”.

Unidos e da união Europeia, Levenstein e Suslow (2011, pp. 39-40) observaram uma duração média de aproximadamente 7 anos, sendo que o menos duradouro teve apenas 1 ano e o mais longevo permaneceu ativo por 29 anos. Resultados semelhantes foram obtidos por Bryant e Eckard (1991, p. 533) na análise de amostra composta por 184 cartéis detectados pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos entre os anos de 1964 e 1988, cuja duração média variou entre 5,23 e 7,27 anos a depender do método de cálculo.

A expectativa de vida de um cartel está diretamente ligada à capacidade de criação de uma complexa estrutura organizacional apta a solucionar, de forma eficaz, os problemas de coordenação, trapaça e concorrência potencial, inevitavelmente enfrentados por esse tipo de organização, como sustentam Levenstein e Suslow (2006, p. 45):

Upon its creation, a cartel immediately faces three key problems: coordination, cheating, and entry. Firms must be able to coordinate on an equilibrium—in a situation in which there are often multiple equilibria—which increases prices and allocates reduced output among member firms. The equilibrium must increase profits to cartel members as a group and provide a mechanism for distributing those profits “fairly” to member firms.

The cartel must develop an incentive compatible structure—a combination of monitoring, rewards, and punishments—to prevent cheating by members. The cartel must also prevent entry by outsiders. In a dynamic economy, the solution to all these problems will change over time, so successful cartels must develop an organizational structure that allows them to solve these problems continuously.

Um dos principais fatores que influenciam na estimativa do tempo de vida de um cartel, assim, é a capacidade de coordenação entre os seus potenciais membros, que necessitam entrar em acordo sobre as regras que deverão ser seguidas por todos em suas atividades econômicas.

Como já visto no item 2.1 *supra*, apesar de a fixação de preços ser a mais conhecida forma de atuação dessas organizações, os cartéis podem adotar as mais diversas formas de práticas concertadas, destinadas à neutralização da

concorrência entre seus membros, como a limitação da oferta⁷², divisão de mercados, restrição de investimentos em tecnologia, discriminação conjunta entre consumidores ou fornecedores, dentre outras.

Não se trata, portanto, da simples definição de preços mínimos ou de níveis máximos de produção, mas de um acordo complexo, que representa verdadeira regulamentação das atividades dos participantes.

Tendo em vista que a natural existência de diferenças entre os agentes econômicos atuantes em um mercado – relativas ao capital, ao poder de mercado, às especificidades dos produtos/serviços ofertados, às curvas de demanda, à eficiência dos processos e técnicas disponíveis, às margens de lucros, aos níveis máximos de produção, à possibilidade de ganhos de escala, dentre outros – a configuração ideal do acordo geralmente é diferente para cada um deles (POSNER; EASTERBROOK, 1981, p. 97; VISCUSI; *et al.*, 2005, p. 123).

Quanto maior o número de potenciais participantes de um cartel e maior a heterogeneidade entre eles, assim, proporcionalmente maior será a dificuldade de obtenção de um denominador comum, que possa ser aceito por todos, podendo até se chegar ao ponto de tornar inviável a colusão.

Após instituída a organização, as diferenças entre seus membros geram um incremento na instabilidade a ela inerente, uma vez que, sendo assimétricos os ganhos decorrentes do acordo, os agentes menos beneficiados têm maiores incentivos a descumpri-lo e até mesmo delatar os demais.

Para evitar esses problemas, um cartel necessitaria de uma situação ideal na qual pudesse ser formado com poucos membros, todos do mesmo tamanho e ofertando produtos/serviços idênticos, com processos igualmente eficientes, e, além disso, detentores da totalidade da oferta no mercado em que atuam, como sustenta Herbert Hovenkramp (2011, p. 159):

The perfect cartel would contain relatively few members who collectively account for 100% of production in a relevant market. All members would be the same size and equally efficient, and they would produce identical products. The product would be sold by

⁷² Segundo Herbert Hovenkamp (2011, p. 159), na maioria dos casos, a fixação de níveis máximos de produção é mais importante para um cartel do que o acerto de preços.

sealed auction bids made by the sellers in a market containing many, relatively small, purchasers, and the winning bids publicly announced.

Como esse cenário dificilmente é observado na prática, a escolha pela colusão depende da capacidade de resolução dos problemas de coordenação. Esse processo pode ser facilitado, por exemplo, nos casos em que há a figura de um líder que, por algum motivo, exerce influência sobre os demais, ou quando preexiste algum tipo de relação entre os agentes, capaz de catalisar o processo de negociação, como no caso das cooperativas e associações de classe.

Os problemas de coordenação, ademais, são agravados por mudanças no cenário econômico que proporcionem aumento dos custos de produção ou redução na demanda, razão pela qual, historicamente, os cartéis tendem a se desfazer mais em períodos de inflação (VISCUSI; *et al.*, 2005, pp. 127-128).

Quanto maiores forem as dificuldades de coordenação, maior será a instabilidade do cartel, e, assim, menor será a expectativa de vida da organização, o que, como visto, reduz os ganhos esperados por seus membros.

A duração esperada de um cartel também depende, de outro lado, da capacidade de detecção e punição eficiente – ou seja, que proporcione o menor custo possível – dos participantes que desrespeitam as regras por ele impostas.

O potencial de trapaça, como já visto no item 1.3.2 *supra*, é inerente às organizações criminosas. Essa característica é potencializada no caso dos cartéis – podendo, inclusive, ser considerada como o principal desafio a ser enfrentado por esse tipo de organização (STIGLER, 1964, p. 46) – uma vez que o descumprimento do acordo não só gera ganhos maiores para o traidor, mas também gera perdas para os demais participantes, que, em condições naturais, concorrem entre si por espaço no mercado⁷³.

⁷³ Sobre os incentivos à trapaça em acordos entre concorrentes para fixação de preços, vale menção a explicação de Posner e Easterbrook (1981, p. 97): *“Each member has an incentive to cheat his fellows. Suppose that the price agreed on by the members of the cartel is \$10; at this price the demand for the product is 100 units; there are 10 members of the cartel; each one expects to sell 10 units; and the cost per unit is \$5. Each member of the cartel, therefore, can expect a monopoly profit of \$50 if he goes along with the cartel price. But notice what happens if one member of the cartel decides to shade the cartel price – to charge, let us say, \$9,50 rather than \$10. His lower price will induce some consumers to switch from the other members of the cartel. (It will also induce some consumers of other products to buy the monopolized product from him, but we will ignore this effect.)*

Dependendo de sua quantidade e gravidade, essas violações podem levar ao colapso do cartel (HOVENKRAMP, 2011, p. 159; POSNER; EASTERBROOK, 1981, p. 97). Se os naturais incentivos à traição forem elevados, assim, a expectativa de vida do cartel tende a diminuir.

Quanto maior o número de participantes, maiores os estímulos à trapaça, uma vez que, em virtude da divisão dos lucros totais, o cumprimento do acordo proporciona vantagens individuais inversamente proporcionais à quantidade de membros. Da mesma forma, uma grande heterogeneidade entre os agentes também pode induzir a traição, em virtude da desigualdade na distribuição dos ganhos⁷⁴. A fixação de preços muito próximos do nível de equilíbrio monopolístico também incita a violação do ajuste, uma vez que basta, ao traidor, uma ínfima redução do preço – ou aumento da produção - para obter grandes vantagens⁷⁵.

A detecção de violações ao acordo, todavia, nem sempre é uma tarefa simples, uma vez que exige o dispêndio de recursos no constante monitoramento da conduta dos membros do cartel. Muitas vezes, são utilizados, com esse objetivo, mecanismos de compartilhamento e controle de informações entre os integrantes da organização, como agências de venda conjunta (*joint sales agencies*) e associações de classe (LEVENSTEIN; SUSLOW, 2006, p. 69)

Da mesma forma, a punição dos desvios gera grandes perdas de recursos, uma vez que, diante da impossibilidade de utilização dos tradicionais mecanismos jurídicos destinados a assegurar o cumprimento de acordos, os membros de cartéis geralmente dependem da utilização de “guerras de preços” ou outros métodos de retaliação – inclusive com emprego de violência – direcionados contra o traidor (BECKER, 1978, p. 42; LEVENSTEIN; SUSLOW, 2006, p. 44)

Suppose that as a result his output increases to 12 units (assume his unit cost remains the same). His profit per unit will be more than made up by the sale of an additional two units. His total profit will be \$54; had he gone along with the cartel it would have been only \$50.”

⁷⁴ Segundo Levenstein e Suslow (2006, p. 71), para evitar esse tipo de problema, é comum a utilização de sistemas de compensação (*side payments*) nos quais os membros com maior lucratividade concordam em transferir parte de seus lucros aos demais, como forma de equalizar os ganhos de todos os participantes do cartel.

⁷⁵ Por esse motivo, Stigler (1964, p. 40) sustenta que, se o cartel não é eficiente no combate à trapaça, deve fixar preços não muito acima do nível competitivo, além de estabelecer parcelas de mercado para cada um de seus membros, a fim de garantir que ninguém possa lucrar com a prática de preços menores do que os acordados.

As dificuldades de identificação e punição da trapaça, ademais, podem gerar, para o traidor e para os demais membros, um sentimento de impunidade que representa incentivo ao comportamento desviado, gerando, assim, um ciclo vicioso de descumprimento do acordo (VISCUSI; *et al.*, 2005, p. 127)

O terceiro ponto de relevo na estimativa do tempo de duração de um cartel diz respeito, ao contrário dos dois primeiros – nível de coordenação e capacidade de detecção e punição da trapaça – a um fator externo, relacionado não com as relações entre os potenciais participantes, mas sim com a estrutura do mercado em que atuam, qual seja, a concorrência potencial (VISCUSI, 2005, 128).

A entrada de um novo agente no mercado implica na impossibilidade de obtenção, pelo cartel, de ganhos típicos de monopólio. Nessas circunstâncias, três estratégias podem ser adotadas pela organização. Primeiro, simplesmente continuar atuando, com a obtenção de vantagens reduzidas em virtude da existência de um competidor. Segundo, tentar cooptar o entrante para o acordo. Terceiro, desfazer-se, por não haver incentivos à continuação da prática concertada.

Vê-se, pois, que a concorrência potencial, por funcionar como uma constante ameaça para as vantagens extraordinárias proporcionadas pelos cartéis – e, conseqüentemente, para sua estabilidade – influencia negativamente na expectativa de vida dessas organizações.

Quando se trata de um mercado com poucas – ou inexistentes – barreiras à entrada, os potenciais participantes de um cartel, ao analisarem de forma racional os incentivos à colusão, deverão levar em conta a possibilidade de que, a qualquer tempo, os ganhos podem ser abruptamente reduzidos em virtude da concorrência de um agente externo, o que pode levar, inclusive, à dissolução prematura do acordo.

Quanto maiores, por outro lado, forem as barreiras à entrada de novos competidores, maior será a estabilidade do cartel, e, conseqüentemente, maior será o tempo esperado de sua duração⁷⁶.

Por essa razão, sustentam Levenstein e Suslow (2006, p. 74) que os cartéis mais bem-sucedidos são aqueles que conseguem neutralizar a concorrência

⁷⁶ Apontam Viscusi *et al.* (2005, p. 128) que, no caso do Cartel das Vitaminas, formado nos Estados Unidos da América durante a década de 1990, a facilidade de entrada de Vitamina 'C' oriunda da China limitou a consecução do acordo em relação a esse produto, enquanto que, em outros sub-mercados sujeitos a maiores barreiras tecnológicas à entrada de novos competidores, a colusão permaneceu forte e os preços altos.

potencial, seja mediante adoção de práticas predatórias ou pela busca de influência na intervenção regulatória estatal. Por esse motivo, acrescenta Arlman (2006, p. 6), cartéis detentores de maior poder de mercado tendem a durar mais.

A análise feita até aqui diz respeito à expectativa de vida natural de um cartel, ou seja, ao período de tempo em que permanecerá ativo se não for detectado por agentes externos – sejam consumidores, concorrentes ou autoridades antitruste – e levado a colapso de forma compulsória.

É importante acrescentar aos três fatores acima mencionados, assim, um quarto, que também exerce forte influência na duração esperada dos acordos colusivos, que diz respeito à capacidade de evitar a detecção externa. Essa variável, em razão de suas peculiaridades, será estudada no item 2.5.2 *infra*.

2.5.2. Perdas esperadas

Partindo do pressuposto de que a formação de cartel representa prática ilícita, os participantes na empreitada estão invariavelmente sujeitos à possibilidade de sofrer perdas decorrentes de eventual aplicação de sanções jurídicas.

A utilidade total que um agente pode obter participando desse tipo de organização, assim, depende não só dos ganhos esperados, acima analisados, mas também das perdas potenciais decorrentes de eventual aplicação de sanções.

A definição dessas perdas potenciais decorre, nos termos da teoria de Gary S. Becker⁷⁷, da multiplicação do valor econômico das penalidades previstas no ordenamento jurídico pela probabilidade de detecção externa do cartel (seja pelas autoridades ou por particulares lesados) e efetiva punição de seus membros.

A variável relativa ao valor econômico das sanções depende dos tipos de consequências previstas no ordenamento jurídico para a infração.

Se forem de cunho estritamente pecuniário (multas e indenizações) e existirem critérios claros e objetivos para sua fixação, não há maiores dificuldades para que sejam estimadas previamente pelos agentes econômicos no momento da escolha pela colusão.

⁷⁷ Sobre o tema, cf. cap. I, item 1.4.1, *supra*.

Se, todavia, a conduta também é tratada como ofensa criminal, punível com prisão, o cálculo se torna mais complexo, diante da dificuldade de quantificação econômica das perdas decorrentes da privação de liberdade.

Apesar de não resolverem esse problema, há estudos⁷⁸ que demonstram ter a ameaça de sanções criminais um forte efeito negativo nos incentivos à colusão, sobretudo porque (i) se dirige a executivos e administradores de empresas, que, por geralmente serem pessoas ricas e bem sucedidas, associam grandes níveis de inutilidade ao aprisionamento, não só em virtude da restrição da liberdade, mas pelos efeitos negativos em sua posição social (WILS, 2005, pp. 34-36); e (ii) as perdas pessoais decorrentes desse tipo de pena não são passíveis de transformação em meros custos de operação da pessoa jurídica, como ocorre com as multas e indenizações (ARLMAN, 2005, p. 23).

Posta de lado a controversa questão relativa à quantificação das perdas decorrentes da privação de liberdade, que foge aos objetivos do presente trabalho, é indubitável que a introdução de sanções criminais reduz, do ponto de vista racional, os estímulos à prática de condutas colusivas, sendo que, quanto maiores as penas, menores os incentivos à transgressão (ainda que a relação não seja diretamente proporcional e nem linear).

No que se refere à probabilidade de detecção externa e punição da conduta, depende, em primeiro lugar, da capacidade de ocultação da existência do acordo ilícito – evitando que ele deixe rastros materiais que possam ser captados por mecanismos tradicionais de investigação, como escutas telefônicas e medidas de busca e apreensão – e de dissimulação de seus efeitos para que pareçam decorrentes de circunstâncias naturais de mercado.

⁷⁸ Baseados, quase que exclusivamente, na análise da experiência dos Estados Unidos, onde, historicamente, são aplicadas severas sanções criminais às violações concorrenciais. Somente entre os anos de 2000 e 2009, foram impostos, naquele país, mais de 127.000 (cento e vinte e sete mil) dias - o que corresponde a cerca de 348 (trezentos e quarenta e oito) anos - em penas restritivas de liberdade a participantes de cartéis, sendo que, em média, 62% dos acusados nesse período foram condenados (HAMMOND, 2010, pp. 8-9). De fato, em pesquisa realizada pelo *Accountability Office* do Governo Federal daquele país, foram entrevistados 15 advogados de defesa de empresas que revelaram a participação em cartéis por meio de acordos de leniência, os quais foram unânimes em afirmar que a ameaça de prisão teve forte influência na decisão tomada por seus clientes (ESTADOS UNIDOS, 2011, p. 20).

Ademais, essa probabilidade é diretamente influenciada pela efetividade da política de defesa da concorrência e dos instrumentos e recursos de que dispõem as autoridades antitruste para investigação. Como ressaltou o Conselheiro Ruy Santacruz, do CADE, em voto proferido no caso “CSN-Cosipa-Usiminas”⁷⁹, é de suma importância, para a manutenção do caráter oculto dos cartéis, a inexistência, na ordem jurídica, de mecanismos que estimulem, de forma eficiente, a defecção unilateral por seus membros.

A estimativa das chances de punição e detecção de cartéis, por evidente, é complexa e incerta, dependendo de fatores específicos de cada organização – bem como do ambiente em que se encontra inserida – razão pela qual os estudos sobre o tema contêm grandes discrepâncias entre seus resultados, que variam entre 10% e 33% por ano (ARLMAN, 2005, p.7)⁸⁰.

⁷⁹ Processo Administrativo n.º 08000.015337/1997-48, relator Conselheiro Ruy Santacruz, julgado em 27.10.1999, publicado no Diário Oficial da União de 29.10.1999

⁸⁰ Vale menção, sobre o tema, interessante estudo estatístico publicado por Bryant e Eckard (1991, p. 535), que concluíram, com base em significativa amostra composta por 184 cartéis detectados pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos entre os anos de 1964 e 1988, que as chances de que os membros de um cartel naquele país sejam formalmente acusados em razão dessa prática é, em média, de 13% a 17% por ano.

CAPÍTULO III – LENIÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Sumário

3.1. Histórico e tendências – 3.2. O duplo efeito da leniência sobre os cartéis – 3.3. Os objetivos da leniência no campo concorrencial – 3.4. Fatores relevantes na formação de um programa de leniência; 3.4.1. Elementos subjetivos: autoridade competente e beneficiário; 3.4.2. Elementos objetivos: requisitos e benefícios; 3.4.3. Elementos formais: procedimento e celebração – 3.5. Análise de eficiência dos mecanismos de leniência no combate a cartéis: revisão de literatura e apontamentos metodológicos.

Superados o estudo da leniência como ferramenta jurídica de combate a transgressões (Capítulo I) e o exame do fenômeno da formação de cartéis (Capítulo II), impõe-se a análise do funcionamento daquele instituto sobre a lógica interna de um acordo oclusivo entre competidores.

A partir das bases teóricas já fixadas, é possível vislumbrar os efeitos que um programa de leniência pode, em tese, gerar sobre os incentivos racionais dos agentes econômicos que pretendem ingressar – ou já se encontram – em um cartel, e, por consequência, os objetivos que devem ser perseguidos pelas autoridades encarregadas de sua execução.

O bom funcionamento do mecanismo, todavia, depende dos mais diversos fatores, relativos não só à sua configuração interna – ou seja, aos próprios elementos de determinado programa de leniência – mas também a fatores que lhe externos, relacionados à política de defesa da concorrência em geral.

Apesar de existirem diversos estudos, publicados nas últimas décadas, dedicados à identificação de uma fórmula para otimização dos resultados da leniência, a literatura especializada ainda se encontra longe de um consenso acerca da matéria, sobretudo porque a análise de eficiência desse instrumento encontra sérios problemas metodológicos.

O presente Capítulo, assim, apresenta, primeiro, uma análise dos potenciais efeitos da leniência sobre os cartéis, bem como dos objetivos do mecanismo no campo concorrencial. Posteriormente, busca-se sistematizar e

examinar os fatores relevantes na formatação de um programa de leniência. Por fim, é apresentada uma revisão das conclusões expostas em alguns dos mais relevantes trabalhos publicados sobre a eficiência dessa ferramenta.

3.1. Histórico e tendências

Não muito tempo após a ascensão do liberalismo econômico como ideologia dominante no mundo ocidental, ocorrida entre o final do século XVI e o início do século XVII, a chamada economia de mercado, calcada na doutrina da livre concorrência, passou a enfrentar sérios problemas para os quais os seus idealizadores não haviam vislumbrado soluções.

A plena liberdade de atuação conferida aos agentes econômicos acarretou na inevitável adoção de condutas – contrárias à própria essência da teoria econômica liberal clássica – de manipulação do mercado, destinadas à obtenção ou manutenção de posição hegemônica, apta a proporcionar os maiores lucros individuais possíveis, em prejuízo da sociedade como um todo, como anota Paula A. Forgioni (2005, p. 65):

Como é óbvio e foi posteriormente comprovado pela história, essa livre atuação dos agentes econômicos acabou por gerar elevada concentração de capitais e poder em mãos de alguns, trazendo fatores de instabilidade que comprometiam a preservação do mercado. As concentrações e os monopólios causavam distúrbios sociais não indiferentes. Basta pensar, em um primeiro momento, na prática dos chamados ‘preços de monopólio’, que propiciam alto lucro para o produtor ou comerciante, pagos pela população (ou consumidores, como prefere a moderna terminologia). De outra parte, os monopólios, ou as grandes concentrações de poder econômico, acabam por sujeitar a classe operária a condições desfavoráveis de trabalho.

Por essa razão, já em meados do século XVII, nasceu, nos Estados Unidos da América, a discussão sobre a necessidade de algum nível de intervenção

estatal no mercado⁸¹, a fim de mantê-lo funcionando e evitar que as suas contradições internas acarretassem na ruptura do sistema econômico.

Como resultado desse processo, foi editado nos Estados Unidos da América, em 1890, o *Sherman Antitrust Act*, que é considerado, na atualidade, como o “ponto de partida para o estudo dos problemas jurídicos relacionados à disciplina do poder econômico” (FORGIONI, 2005 p. 69). Em seus primórdios, a aplicação desse Diploma foi focada, em grande parte, no combate a abusos praticados por grandes companhias monopolistas e trustes⁸², que, diante da ausência de qualquer proibição, se formaram durante o processo de industrialização da economia norte-americana, ocorrido ao longo do século XVII (FORGIONI, 2005, pp. 72-81).

Em virtude das limitações tecnológicas da época, os primeiros ajustes ilícitos entre concorrentes julgados com base no *Sherman Antitrust Act* ainda se mostravam incipientes na utilização de mecanismos de ocultação e dissimulação da conduta, geralmente tomando forma de associações formais entre empresas, com reuniões presenciais e registros de seus planos em documentos escritos, o que facilitava a detecção pelas autoridades antitruste⁸³.

Com o avanço das telecomunicações e da informática, todavia, tornou-se cada vez mais difícil a identificação e punição desses acordos ilícitos, que passaram a deixar cada vez menos vestígios materiais. Essa situação se agravou ainda mais

⁸¹ Daí surge a ideia de limitação jurídica da atuação dos concorrentes na busca de maiores lucros, situação na qual “o conjunto de atos tendentes assegurar a um agente econômico a conquista do mercado passa a sofrer um julgamento de valor, pois já não se trata apenas de fazer valer as leis econômicas, e sim de conformar aquela conduta aos valores e às normas jurídicas integrantes de dado ordenamento positivo [...]” (VAZ, 2001, pp. 301-302).

⁸² A formação de trustes é uma forma de concentração de mercado, na qual as empresas atuantes em um mesmo setor econômico alienam o controle de seus negócios a um agente ou grupo de agentes, denominado *trustee*, que tende a adquirir cada vez mais poder e atuar como monopolista (FORGIONI, pp. 76-77). O caso mais famoso talvez seja o da *Standart Oil Company*, que, adotando uma política agressiva de aquisição e coerção de concorrentes, adquiriu posição dominante no mercado de produção e distribuição de petróleo nos Estados Unidos, o que levou a Suprema Corte, no ano de 1911, a determinar a sua dissolução em 34 empresas menores, em razão da configuração de diversas violações ao *Sherman Act* (AREEDA, KAPLOW, 1997, pp. 448-449).

⁸³ Em um escorço histórico dos primeiros anos de aplicação do *Sherman Act* no combate a cartéis, João Bosco Leopoldino da Fonseca (2008, pp. 26-36.) cita, como casos mais relevantes, o “*Trans-Missouri Freight Association*,” julgado em 1897, o “*Adduston Pipe Steel Co.*,” julgado em 1898, o “*American Column Lumber*”, julgado em 1921, e o “*Trenton Potteries*”, julgado em 1927.

com o processo de globalização, que acarretou em uma forte tendência de transnacionalização das empresas e das relações de mercado, dificultando ainda mais a tutela da concorrência em nível nacional (FONSECA, 2008, p. 57).

O grande problema a ser enfrentado no combate aos cartéis é, por óbvio, o caráter oculto e dissimulado dessas organizações, bem como a dificuldade de se constatar – e comprovar – o nexos de causalidade entre determinada mudança de conduta de agentes atuantes em um mercado e a existência de uma convergência ilícita de vontades entre eles.

Como esclarece Paula A. Forgioni (2005, p. 411), é possível que a semelhança – ou mesmo identidade – entre as estratégias adotadas por agentes atuantes em determinado setor econômico decorra não de conluio entre eles, mas sim de fenômenos competitivos naturais. Portanto, o simples monitoramento de mercados pelas autoridades antitruste, ainda que acompanhado da utilização métodos sofisticados de processamento e análise econômica de dados, é insuficiente, na maioria dos casos, para garantir a detecção de cartéis e a punição dos envolvidos (WILS, 2007, p. 19).

Diante do grande volume de recursos que, por muito tempo, foi empregado – sem muito sucesso, diga-se – na tentativa de identificação de acordos colusivos existentes na economia, percebeu-se que as autoridades antitruste poderiam explorar a instabilidade interna inerente aos cartéis para levá-los a colapso de forma mais eficiente, como destaca Maíra Beuchamp Salomi (2012, pp. 127-128):

Afora isso, a ilegalidade e clandestinidade que revestem a formação e atuação dos cartéis tornam a sua investigação e comprovação ainda mais complexas, exigindo dos órgãos estatais instrumentos de investigação a cada dia mais eficientes. Assim, cada vez mais recursos foram sendo direcionados, com o objetivo de pôr fim a essa prática, considerada uma das mais lesivas aos consumidores e à ordem econômica.

Mesmo com o aumento de sanções e adoção de práticas de inspeção e busca e apreensão (*dawn raids*), os cartéis continuavam difíceis de detectar e investigar sem a cooperação dos próprios participantes da conduta, dado seu caráter sigiloso e fraudulento, exigindo-se dos órgãos de defesa da concorrência mecanismos

capazes de desestruturar internamente o cartel de modo que a prática viesse a público.

A solução, então, foi o emprego, no combate a cartéis, do mecanismo da leniência, que, ao mesmo tempo em que cria incentivos para que os próprios participantes forneçam informações e evidências suficientes para possibilitar a identificação e punição dos envolvidos, gera economia de recursos sociais que, em outras circunstâncias, seriam destinadas à investigação de tais acordos colusivos (WILS, 2007, p. 21).

A moderna configuração da leniência, no âmbito concorrencial, tem suas origens no *Corporate Leniency Policy*, programa instituído nos Estados Unidos da América no ano de 1978, que, em seus primórdios, não representou grande contribuição à tutela da concorrência, razão pela qual foi reformulado no ano de 1993, passando, a partir de então, a produzir resultados expressivos.

Esse aparente sucesso decorreu, principalmente, da instituição, em 1993, de critérios objetivos para a concessão da leniência, que passou a ser automática, desde que preenchidos os requisitos pré-estabelecidos – o que serviu para gerar maior confiança dos agentes econômicos no programa – bem como da previsão de imunidade criminal às pessoas físicas envolvidas, e, ainda, da oferta de benefícios mesmo após a abertura de investigações sobre a conduta informada (VISCUSI; *et al.*, 2005, p. 148; MILLER, 2009, p. 1; HAMMOND, 2010, pp. 2-3).

Em 1996, foi instituído o *Leniency Programme* da União Europeia, que, após passar por significantes reformas em 2002 e 2006, também vem produzindo resultados relevantes – apesar de não tão expressivos como os obtidos nos Estados Unidos – no combate aos cartéis, sobretudo do ponto de vista da detecção e punição dos envolvidos, como demonstrou Steffen Brenner (2009, p.644):

Regarding the short-run effects, our evidence suggests that more information is revealed and legal costs related to investigation and prosecution are saved. First, to the extent that the level of fines reflects the depth and breadth evidence on the cartel activities available to the competition authority (controlling for other determinants of the level of fines), the authority obtains richer evidence after introducing the new policy. Information revelation is

accompanied by a reduction of investigation and prosecution cost which we proxy by the duration of the investigation. After adopting the leniency program, the average duration of an investigation decreased by about 1.5 years.

A partir de então, a leniência no campo concorrencial vem sendo cada vez mais difundida pelo mundo. O primeiro país a seguir a tendência inaugurada pelas experiências seminais acima mencionadas foi a Coreia do Sul, em 1997, seguida pela Bélgica, em 1999 (BORREL, *et al.*, p. 19). Em 2007 mais de 30 jurisdições já haviam adotado esse mecanismo, incluindo Brasil, Canadá, Nova Zelândia, República Tcheca, França, Irlanda, Holanda, Suécia, Suíça, Reino Unido, Índia, África do Sul, Singapura, Israel e Chile (BORREL, *et al.*, p. 24). Em 2010, eram encontrados mais de 50 programas de leniência (HAMMOND, 2010, p. 1).

Essa rápida propagação do instituto tem relação direta com a instituição de legislações antitruste em um grande número de países em desenvolvimento nos primeiros anos do século XXI (WAKED, 2010, pp. 17-18).

Nas últimas décadas, grandes tem sido os esforços destinados ao aprimoramento dos resultados da leniência no combate a cartéis, sendo publicados inúmeros estudos – com os mais variados enfoques – sobre o tema, levando, inclusive, a reformas pontuais em programas já consolidados, como as ocorridas na União Europeia em 2002 e 2006, nos Estados Unidos em 2004, e no Brasil em 2011 (ano em que entrou em vigor da atual Lei de Defesa da Concorrência), que serão objeto de análise no Capítulo IV do presente trabalho.

3.2. O duplo efeito da leniência sobre os cartéis

A partir do estudo da escolha racional pela colusão, levado a efeito no item 2.4 *supra*, é possível identificar a forma como devem atuar os mecanismos de dissuasão a fim de minimizar os incentivos à formação de cartéis, a ponto de tornar essa transgressão pouco atrativa.

A leniência é um instrumento de defesa da concorrência que tem o potencial de incrementar a instabilidade inerente às organizações criminosas, que, no caso dos cartéis, é naturalmente mais intensa, em virtude das peculiaridades estudadas no item 2.2 *supra*.

Esse mecanismo potencializa a desconfiança entre os membros do cartel, uma vez que, além da iminente ameaça de traição – mediante descumprimento do acordo – também passa a existir a real possibilidade de que a infração possa ser revelada por um dos participantes a fim de obter não só benefícios consistentes na extinção ou redução das penalidades, mas, também, grandes vantagens competitivas em virtude dos custos que impõe sobre os concorrentes (ELLIS, WILSON, 2003, p. 33).

Torna-se, assim, mais difícil e custosa a formação e manutenção de acordos colusivos, como anota Wouter P. J. Wils (2007, p. 23):

Setting up and maintaining a successful cartel requires effort. The cartel members have to select and coordinate their behaviour on mutually consistent, collusive strategies, allowing the cartel participants as a group to increase profits, and providing for a fair distribution of profits between them. They also need to develop mechanisms to discourage cheating, involving monitoring, rewards and punishments. In a dynamic economy, successful cartels may have to develop an organizational structure that allows them to solve these problems continuously.

A well-designed leniency programme can make these tasks more difficult. The possibility for a deviator to apply for leniency increases the payoff of cheating, thus making collusion more difficult to sustain. It increases uncertainty, making it more difficult for cartel participants to reach agreement, diminishing trust among them, and increasing the need for costly monitoring.

Além de incrementar os incentivos à trapaça e aumentar a desconfiança entre os participantes, a leniência facilita a comprovação da transgressão e, conseqüentemente, aumenta as chances de condenação dos envolvidos, o que, por sua vez, incrementa os incentivos à delação, criando, assim, um círculo virtuoso de desestabilização dos cartéis (WILS, 2007, p. 22).

Uma vez que cada participante desconhece a estratégia dos demais e que cada um tem incentivos para, a qualquer momento – mesmo após dissolvido o cartel, por razões naturais ou em razão de detecção externa – procurar as autoridades para fornecer informações sobre a empreitada, a leniência cria um jogo

de coordenação com informação imperfeita semelhante ao Dilema do Prisioneiro. Nesse sentido, leciona João Bosco Leopoldino da Fonseca (2008, p. 62):

Aproveitando-se da instabilidade interna dos cartéis, da questionável 'lealdade' existente entre seus integrantes, e de sua potencial tendência para trair, as autoridades do setor de concorrência elaboraram um método para conseguir penetrar no contexto de uma organização de cartel, procurando fortalecer a exploração dessa fragilidade interna. Os participantes do cartel estão sempre, entre eles, pondo em prática o 'dilema do prisioneiro'.

Ao promover o incremento da instabilidade inerente aos cartéis, a leniência atua diretamente nos incentivos à colusão, produzindo sobre eles duplo efeito. Primeiro, reduz os ganhos esperados com a conduta colusiva, ao diminuir a expectativa de vida da organização. Segundo, majora as perdas esperadas pelos membros desse tipo de organização, ao aumentar a probabilidade de detecção e punição da conduta.

3.3. Os objetivos da leniência no campo concorrencial

Como visto no item 1.5 *supra*, a utilização de mecanismos de leniência pode exercer, em tese, três funções distintas no combate a organizações criminosas, quais sejam, evitar a sua formação (prevenção), auxiliar na sua descoberta (detecção) e facilitar a aplicação de sanções aos envolvidos (punição) (SPAGNOLO, 2008, p. 263).

No caso dos acordos ilícitos entre concorrentes, não é diferente. A leniência, prevista como potencialidade no ordenamento jurídico para o caso de infrações contra a ordem econômica, pode modificar os incentivos dos agentes envolvidos em cada uma das três etapas cruciais da existência de um cartel, quais sejam, a sua formação, o período no qual se encontra em atividade, e, por fim, a sua dissolução (seja decorrente de colapso natural ou de detecção externa).

Do ponto de vista racional, espera-se que os agentes econômicos atuantes em determinado mercado analisem, diante da possibilidade de celebração de um ajuste para limitação da concorrência entre si, os custos e benefícios futuros

dessa conduta, que dependem de variáveis incertas como a duração do cartel e a probabilidade de detecção externa e de punição pelas autoridades.

Por ser impossível a exata quantificação dessas variáveis – tempo de duração e probabilidades de detecção e punição – os agentes fazem suas escolhas estratégicas em um contexto de informação incompleta, que pressupõe, nos termos do método conhecido como *Transformação de Harsanyi*⁸⁴, a tomada de decisões com base na concepção subjetiva que cada um tem sobre os fatores incertos dos quais dependem as recompensas finais.

A leniência tem grande potencial para influenciar negativamente na percepção dos agentes sobre essas variáveis indefinidas. Se há a possibilidade de delação em troca de benefícios, é razoável – e perfeitamente racional – se esperar uma menor expectativa de vida para o cartel em formação, bem como maiores chances de que os envolvidos na transgressão venham a experimentar sanções, do que na ausência desse tipo de instituto jurídico.

Se bem configurado, assim, um programa de leniência pode fazer com que as perdas potenciais prognosticadas pelos agentes sejam maiores do que os ganhos que esperam obter com a infração, tornado inviável, do ponto de vista da escolha racional, a estratégia referente à colusão, que passa a ser estritamente dominada⁸⁵ pela estratégia de manter a competição natural.

Em outras palavras, a leniência pode atuar na prevenção da formação de novos cartéis uma vez que, ao diminuir as recompensas esperadas pelo agente, torna a colusão pouco atrativa ou, até mesmo, inviável do ponto de vista racional.

Quando se observa, de outro lado, um cartel que, tendo ultrapassado a fase de negociação, já se encontra atuante na economia, seus membros enfrentam, a todo tempo, a árdua tarefa de decidir entre manter-se cumprindo o acordo, caso

⁸⁴ A Transformação de Harsanyi, nomeada em referência a seu criador, o economista húngaro John Harsanyi, consiste em método destinado a transformar jogos com informação incompleta – ou seja, em que os jogadores não têm exato conhecimento sobre as recompensas que decorrem de cada tipo de estratégia – em jogos com informação completa, porém imperfeita, nos quais os jogadores utilizam de suas crenças sobre os fatores aleatórios para estimar os resultados esperados de cada decisão (BIERMAN; FERNANDES, 2011, p. 251).

⁸⁵ Na Teoria dos Jogos, diz-se que, para determinado jogador, uma estratégia “X” é estritamente dominada por outra, “Y”, quando, independentemente da conduta que venha a ser adotada pelos demais participantes no jogo, a última sempre produz, para ele, melhores recompensas do que a primeira (BIERMAN; FERNANDES, 2011, p. 9).

em que podem auferir maiores lucros, mas também permanecem sujeitos a serem detectados e condenados, ou delatar a infração, cessando os ganhos extraordinários, mas, também, a ameaça de punições.

O agente racional somente optará por continuar no cartel se acreditar que a organização irá durar tempo suficiente para gerar ganhos que superem o valor das sanções que eventualmente venham a recair sobre ele. Novamente, trata-se de uma escolha que envolve incerteza, uma vez que não se sabe por quanto tempo ainda se prolongará a transgressão, nem se ela vai ser, de fato, punida pelas autoridades.

É certo, todavia, que a possibilidade de obtenção, pelos participantes, de tratamento leniente em troca de delação, ao incrementar a instabilidade interna dos cartéis, diminui a expectativa de vida dessas organizações e aumenta a probabilidade de aplicação de sanções a seus participantes. A depender de como cada agente percebe essas alterações, revelar a infração às autoridades pode se tornar a melhor decisão do ponto de vista racional.

A leniência, assim, pode auxiliar na detecção e punição, pelas autoridades antitruste, de cartéis existentes na economia, ao criar um incentivo racional à delação da conduta pelos próprios participantes, que pode, inclusive, se tornar estratégia dominante tendo em vista o aumento do risco da punição para o agente que não celebrar acordo.

Por fim, dissolvido um cartel, seja em virtude de seu colapso natural ou da detecção por agentes externos, cada um de seus participantes pode permanecer inerte ou, mais uma vez, revelar a infração. No primeiro caso, preserva a possibilidade de participar de futuro acordo colusivo, mas, ao mesmo tempo, sofre os riscos de ser severamente punido. Já no segundo, torna-se indigno de confiança dos demais agentes, mas obtém os benefícios previstos em lei.

Se os incentivos promovidos pelo programa de leniência forem suficientes, haverá uma grande probabilidade de punição para os agentes que não delatarem, de forma que a melhor estratégia para todos será fazer contato com as autoridades para revelar a infração já cessada.

Mesmo que o cartel se dissolva sem ser previamente detectado pelas autoridades, portanto, a leniência ainda pode contribuir para a punição dos envolvidos, pois, também nesse caso, facilita a obtenção de informações relevantes pelas autoridades antitruste (SPAGNOLO, 2008, p. 263).

Todas as três funções – prevenção, detecção e punição – acima listadas são de suma importância no combate a cartéis. Tendo em vista, entretanto, que o objetivo da política de defesa da concorrência é, em última análise, a maximização do bem-estar social, o principal objetivo a ser perseguido é a prevenção⁸⁶.

Uma vez formado, um cartel causa prejuízos que, além de graves, podem se tornar irreparáveis, como a alteração de estrutura de mercado, a exclusão de competidores, a desaceleração do desenvolvimento, e o desperdício de recursos sociais, decorrente de alocação e distribuição ineficientes.

Segundo Jacob Berget (2014, p. 59), é possível esperar, do ponto de vista teórico, que, mesmo após dissolvido um cartel, os preços no mercado onde ele se instalou continuem acima do nível competitivo, o que pode ser explicado pela substituição da colusão expressa pela colusão tácita, bem como pelo aumento de custos de operação dos concorrentes, em razão da necessidade de se defenderem em processos judiciais e administrativos.

É essencial, portanto, a tutela do mercado *in natura*, para evitar – ou, quando nada, minimizar – a ocorrência desse tipo de alteração prejudicial ao mercado e à sociedade como um todo.

Além de evitar os prejuízos socioeconômicos decorrentes da colusão, a adoção de mecanismos que evitem a formação de cartéis também promove o racionamento de recursos sociais, que, em outras circunstâncias, necessitariam ser alocados em atividades de monitoramento de mercados, investigação de condutas ilícitas, bem como persecução administrativa/judicial dos envolvidos.

Sobre os benefícios da utilização da leniência – e dos mecanismos de defesa da concorrência em geral – com enfoque preventivo, concluem Fabiano T. R. Lara e Reinaldo D. Luz (2015, p. 10):

É claro que embora o terceiro objetivo seja o mais comumente alcançado, como mostram os recentes casos relacionados ao cartel do metrô em São Paulo e à Operação lava-Jato, ambos envolvendo

⁸⁶ Nesse sentido, pondera Sjoerd Arlman (2005, p. 4): “*Besides discovering currently operating cartels we distinguish two other main objectives for leniency policies. First of all a leniency policy should lead to a decrease in investigation time and cost for the enforcing agencies by virtue of the fact that firms voluntarily provide information about collusive behavior. The last but also most important objective of a leniency policy is to deter cartels from forming at all.*”

atuação em cartel e corrupção, o objetivo principal das autoridades deve ser o primeiro, evitar a formação de grupos criminosos, uma vez que isso proporciona os maiores benefícios para a sociedade, tanto pela ausência de danos diretos causados pela atividade criminosa, quanto pela redução dos custos com monitoramento, investigação e litigação.

Conclui-se, pois, que, apesar de também ser essencial à defesa da concorrência, a tutela repressiva, que tem lugar após já instauradas as práticas colusivas, se torna ineficiente quando não acompanhada de níveis adequados de prevenção⁸⁷. E assim porque, além de não ser capaz de promover a integral reparação dos danos causados, gera elevados custos de atuação das autoridades antitruste com persecução e litigação.

3.4. Fatores relevantes na formatação de um programa de leniência

O acordo de leniência representa, como visto no Capítulo I deste trabalho, negócio jurídico celebrado entre autoridade estatal e transgressor, no qual ambos transacionam seus interesses, fazendo concessões mútuas com o fim de evitar – ou solucionar – o litígio decorrente do delito praticado pelo último.

Como qualquer contrato, seus elementos podem ser divididos em três categorias, quais sejam, *subjetivos*, *objetivos* e *formais*. Os primeiros dizem respeito à definição de quem pode ser parte no vínculo. Os segundos, fazem referência à materialidade do negócio, ou seja, às obrigações assumidas por cada um dos envolvidos. E, finalmente, os terceiros são relativos, conforme o próprio nome indica, às formalidades exigida para celebração do ajuste.

É certo que, em razão das peculiaridades do instituto, esses elementos básicos devem, em maior ou menor medida, ser pré-estabelecidos, de forma clara e precisa, em uma norma geral e abstrata, não só para definir as regras de atuação

⁸⁷ Como anota Giancarlo Spagnolo (2008, p. 265), os procedimentos destinados à acusação e aplicação de sanções a envolvidos em práticas anticoncorrenciais, se não apresentarem um caráter dissuasivo da repetição dessa prática (por exemplo, porque as penalidades são inferiores ao valor dos ganhos obtidos com o ilícito), representam perda pura de recursos, dissociada de qualquer benefício à sociedade, e, do ponto de vista puramente econômico, deveriam ser evitados.

das autoridades, mas também para que todos os potenciais interessados tenham conhecimento da existência do mecanismo e o levem em conta em suas decisões.

O sucesso de um programa de leniência está intrinsecamente ligado à clareza sobre suas regras e à estabilidade de seu funcionamento, pois um agente envolvido em infração concorrencial somente irá revelar a conduta se tiver certeza sobre as consequências desse ato, como constata Scott D. Hammond (2004, p. 19):

If a company cannot accurately predict how it will be treated as a result of its corporate confession, our experience suggests that it is far less likely to report its wrongdoing, especially where there is no ongoing government investigation. Uncertainty in the qualification process will kill an amnesty program.

Em outras palavras, a transparência e a previsibilidade de um programa de leniência são essenciais para a produção dos resultados esperados do instituto na desestabilização dos cartéis e, conseqüentemente, na redução dos incentivos à colusão. A respeito, leciona Giancarlo Spagnolo (2008, p. 294)⁸⁸:

As for any incentive scheme, the design and implementation of leniency and whistleblower reward programs must be transparent and predictable. Every observer should be able to easily assess how attractive it is for a firm or individual participating to a cartel to betray his partners, and thereby lose confidence from the beginning that a cartel can be stable and lead to sustained high profits rather than to a costly antitrust conviction.

Os agentes econômicos devem possuir pleno conhecimento e previsibilidade sobre o funcionamento do programa de leniência, não só para que tenham a segurança de procurar as autoridades para delatar condutas anticoncorrenciais, mas, principalmente, para que levem em conta, ao efetuar suas escolhas, os efeitos desse mecanismo sobre os ganhos esperados e perdas potenciais decorrentes da transgressão.

⁸⁸ No mesmo sentido, conclui Wouter P. J. Wils (2007, p. 24): *“Clarity and certainty as to the leniency discounts on offer are also important, as they reduce the risk for the potential leniency applicant of opting for cooperation with the competition authority.”*

Por outro lado, além dos elementos referentes à configuração da leniência em si, também apresenta relevância, na análise de eficiência do instituto, o estudo de fatores da política de defesa da concorrência que, apesar de lhe serem externos, se relacionam diretamente com seus resultados no combate a cartéis.

A seguir, serão estudados em detalhes esses fatores – internos e externos – relevantes na formatação de um programa de leniência destinado ao combate a cartéis.

3.4.1. Elementos subjetivos: autoridade competente e beneficiário

No que se refere aos elementos subjetivos da leniência, há, de um lado, uma autoridade estatal dotada de *competência* para operar o mecanismo, e, de outro, um particular ao qual é conferida a condição de *beneficiário* desse instituto.

A *competência* é, em regra, outorgada à autoridade com atribuição para promover a persecução do delito, uma vez que, em última análise, é a sua atuação que será restringida pelo acordo.

Os problemas costumam surgir quando a conduta objeto da delação configura tipos distintos de ilícito, e o acordo produz, ao mesmo tempo, efeitos em variados campos do direito (administrativo, criminal, civil, dentre outros). Nessa situação, é essencial, para garantir a segurança do signatário, que sejam criadas formas de vincular, aos termos do acordo, todas as autoridades que detém o poder de dar ensejo à aplicação de sanções jurídicas (LUZ; SPAGNOLO, 2016, pp. 2-3).

É importante, de outro lado, que a autoridade competente seja capaz de atuar de forma independente e transparente, de modo a se evitar que qualquer tipo de pressão externa ou arbitrariedade interfiram no funcionamento do programa de leniência, o que pode acarretar no seu total fracasso, diante da incerteza e desconfiança gerada para os potenciais interessados.

A condição de *beneficiário* da leniência define que tipo de agente poderá, em tese, celebrar acordo.

Em que pese serem as empresas, a rigor, os sujeitos diretamente responsáveis pela prática de infrações antitruste, a promessa de tratamento leniente também pode ser dirigida às pessoas físicas envolvidas – como administradores, executivos ou funcionários – uma vez que, muitas vezes, elas também ficam submetidas à aplicação de penalidades em razão do ilícito.

Diante do caráter amplo que, em geral, é dado ao tema pelas legislações antitruste, pode-se dizer que, em regra, qualquer pessoa pode ser beneficiária da leniência. Essa condição apenas é afastada em casos excepcionais nos quais se entende – por motivos de ordem jurídica, econômica, política ou mesmo moral – que as características de um determinado transgressor impedem a obtenção de tratamento benevolente por parte das autoridades antitruste.

Do ponto de vista da política de defesa da concorrência, todavia, a introdução desse tipo de limitação deve encontrar fundamento na promoção de resultados eficientes no combate a cartéis, seja encorajando a delação ou, primordialmente, diminuindo os incentivos à formação de acordos colusivos.

O exemplo mais famoso desse tipo de exclusão é a voltada ao agente considerado líder da infração, adotada nos Estados Unidos e replicada – muitas vezes sem qualquer questionamento sobre suas justificativas, funções e efeitos – em diversas outras jurisdições, como ocorreu no Brasil⁸⁹.

Essa previsão encontra, como aponta Christopher Leslie (2006, pp. 480-481) dois tipos de justificativas possíveis. A primeira diz respeito às resistências políticas e morais à concessão de tratamento benevolente ao agente que induz ou impõe, aos demais, a prática de conduta anticoncorrencial extremamente danosa à sociedade. A segunda, baseada em critério de eficiência no combate a cartéis, diz respeito à diminuição dos incentivos para que os agentes tomem a posição de liderança na infração.

A literatura especializada, todavia, tem rechaçado essas justificativas, uma vez que a exclusão do líder pode, em última análise, gerar resultados contraproducentes, conferindo maior estabilidade aos cartéis, seja por aumentar a confiança interna – já que um dos membros sabidamente não tem justificativa racional para revelar a transgressão – ou por reduzir o estímulo à delação, em virtude da incerteza sobre que tipo de conduta será considerada, pelas autoridades, como caracterizadora de posição de liderança (LESLIE, 2006, 478-480; SPAGNOLO, 2008, p. 268; BOS, WANDSCHEIDER, 2011, p.3).

⁸⁹ O Programa Brasileiro de Leniência, em sua configuração original, estabelecia a impossibilidade de celebração de acordos com os agentes que tivessem figurado “à frente da conduta tida como infracionária.”, nos termos do artigo 35-B, §1.º, da Lei n.º 8.884/94. Diante dos evidentes problemas gerados por essa norma, ela foi excluída pela vigente Lei de Defesa da Concorrência (Lei n.º 12.529/2011). Para uma análise mais detalhada do tema, cf. Cap. IV, item 4.2.2 *infra*.

3.4.2. Elementos objetivos: requisitos e benefícios

Em relação aos elementos objetivos, dizem respeito, de um lado, aos *requisitos* que devem ser cumpridos pelo transgressor – tanto para a celebração quanto para o efetivo cumprimento do acordo de leniência – e de outro, aos *benefícios* prometidos pela autoridade em troca da cooperação.

Os *requisitos* fazem referência à conduta exigida do potencial beneficiário da leniência durante o processo de celebração e execução do acordo. Compreendem, por exemplo, o momento e o modo de apresentação da proposta, as informações que deve conter e documentos de que deve estar acompanhada, os atos processuais que devem ser praticados, as formas de cooperação exigidas, bem como qualquer outra imposição que seja feita ao infrator como condição para obtenção dos benefícios ofertados pela autoridade antitruste.

Um dos grandes pontos de controvérsia sobre o tema é a dicotomia entre leniência *ex ante*, na qual se exige que a proposta seja apresentada antes que as autoridades detenham qualquer conhecimento sobre a infração noticiada, e leniência *ex post*, que permite a celebração de acordo mesmo quando a conduta delatada já é objeto de investigação, desde que, por óbvio, ainda não existam elementos suficientes para condenação dos envolvidos (LARA; LUZ, 2015, p. 188).

Há quem entenda que, ao se permitir a celebração de acordo mesmo após já iniciadas investigações sobre a infração noticiada – quando são ainda maiores os incentivos à delação, tendo em vista o risco iminente de punição – tem-se um incremento na chance de condenação dos envolvidos, o que, por consequência, aumenta as perdas esperadas com a colusão e, assim, auxilia na prevenção da formação de cartéis. (MOTTA; POLO, 2003, pp. 14-15).

Essa opção – leniência *ex post* – todavia, tem sido questionada por estudos recentes, ao fundamento de que torna viável, do ponto de vista racional, a estratégia denominada de “*wait and see*”⁹⁰, consistente em esperar até que a infração seja detectada para, então, delatar, de forma a evitar a punição. Essa possibilidade, argumenta-se, enfraquece o efeito preventivo da leniência, uma vez

⁹⁰ Em tradução livre, “*esperar e observar*”.

que diminui os riscos de que um cartel seja revelado por seus participantes quando inexistente prévio conhecimento das autoridades (SPAGNOLO, 2008, p. 294).

O que se tem, portanto, é uma clara tensão entre a prevenção da formação de cartéis, que é maximizada pela leniência *ex ante*, e a detecção e punição dessas organizações, que é facilitada pela leniência *ex post*.

Tendo em vista a premissa – exposta no item 3.3 *supra* – de que o foco de qualquer política de combate a cartéis deve ser evitar que eles se formem, o mais desejável é a concessão de benefícios apenas em caso de delação ocorrida antes do início de qualquer investigação.

Com o objetivo de equacionar esses dois objetivos, entretanto, tem-se proposto uma opção intermediária, consistente na restrição da concessão de imunidade (*i.e.* exclusão integral das penalidades) apenas aos casos de acordo celebrado antes de detectada a infração, possibilitando-se, após a abertura de investigação, tão-somente a redução das sanções, em percentuais decrescentes em função do tempo (SPAGNOLO, 2008, p. 294).

Menos controvertida, de outro lado, é exigência de que o proponente seja o primeiro a noticiar a infração, que é vista como pressuposto essencial para que a leniência possa maximizar a instabilidade interna dos cartéis, uma vez que, oferecendo-se recompensas apenas ao primeiro agente a delatar, o risco de chegar em segundo lugar cria o denominado “efeito da corrida aos tribunais” (“*race to the courthouse effect*”) (WILS, 2007, p. 22, HARRINGTON JR., 2008, p. 127; SPAGNOLO, 2008, p. 281)⁹¹.

A conclusão geral da literatura especializada é de que, se forem oferecidas recompensas a todos os delatores – ainda que reduzidas de acordo com a ordem de chegada – a melhor estratégia para qualquer membro do cartel, quando desconfia que outro possa revelar a infração, pode ser esperar até que a delação de fato ocorra e, nesse caso, também se candidatar à leniência (estratégia comumente denominada de “*wait and see*”).

⁹¹ No mesmo sentido, Salomi (2012, p. 132): “*De fato, essa exigência provoca uma verdadeira corrida às autoridades antitruste para a conquista do primeiro lugar. A premiação instiga as empresas, seus funcionários e representantes a trair o cartel o mais rápido possível, a fim de receber a imunidade, reservada apenas para o mais rápido. Somente aquele que primeiro ceder à tentação de abandonar o conluio e receber a imunidade total é que ficará impune.*”

Essa situação pode gerar, inclusive, um aumento nos incentivos à colusão, uma vez que é reduzido o custo total de formação de um cartel, que corresponde à soma dos custos individuais incorridos por todos os participantes (MOTTA: POLO, 2003, pp. 21-22)⁹². Mesmo que não produza esse resultado extremo, a concessão de benefícios a mais de um participante enfraquece o aspecto preventivo da leniência, como constata Giancarlo Spagnolo (2008, p. 293):

The obvious reason is that although it may further facilitate prosecution, being lenient with more than one party tends to reduce both the total fines imposed on the cartel and the conflict between individual and collective incentives within the cartel, the two main sources of cartel deterrence. The aim of leniency programs is (at least should) not be making the job of prosecutors easier, but rather increasing cartel deterrence. So fine reductions for second or third reporting parties should be avoided unless it is clearly impossible to achieve conviction with the first report and more effort in traditional fact-finding strategies.

Em contrapartida, se somente é oferecido tratamento leniente a um único delator, a melhor estratégia de cada membro de um cartel, quando não tem certeza sobre a conduta dos demais, é sempre buscar ser o primeiro a revelar a infração, uma vez que, se não o fizer, sofrerá integralmente as sanções.

Sobre o tema, vale transcrição, em razão de sua didática, a lição de Christopher R. Leslie (2006, pp. 466/467):

In the traditional prisoner's dilemma, which is a static game, each player is faced with a binary choice: confess or don't confess. The prisoners make their decisions simultaneously in a defined iteration, and one player cannot know the other player's move before making her move. Each prisoner cares what her counterpart does because

⁹² Nesse sentido, anota Wouter P. J. Wils (2007, pp. 26-27) que as políticas de leniência devem ser desenhadas de forma a fazer com que os efeitos positivos do instituto prevaleçam sobre os naturais efeitos negativos, decorrentes da diminuição das penalidades totais aplicáveis ao cartel. Assim, conclui, é essencial evitar a concessão de quaisquer benefícios que não sejam estritamente necessários para a consecução dos objetivos de prevenção, detecção e punição.

that will determine her punishment, but she does not care *when* her counterpart acts within each defined iteration. There is no temporal element. In the real world, suspects do not make decisions in defined iteration. If all confessions are treated the same, each player can take a wait-and-see approach. If one's partner does not confess, remain silent. If a suspect gets wind that the partner is cooperating, he can confess in exchange for leniency at that point.

By rewarding the *first* confessor with amnesty, the amnesty program reduces the wisdom of the wait-and-see strategy for cartel members. Unlike in the basic prisoner's dilemma model, it is no longer enough to confess; a firm must confess *before* other firms do in order to maximize the gains from confession. There are essentially three possible actions: confess first, confess second, or do not confess. Confessing first is highly preferred over confessing second. Thus, if either player believes that the outcome of mutual non-confession is not going to happen, then it had better confess first.

No que se refere, de outro lado, aos *benefícios*, podem ter as mais variadas características, geralmente se destinando a eliminar ou, de alguma forma, limitar as sanções aplicáveis ao agente que revelar a infração.

Para produzir resultados eficientes na prevenção da formação de cartéis, a leniência deve influenciar nos interesses individuais de cada um dos membros da organização de forma a torná-los o mais conflitante possível com o interesse do grupo de concorrentes envolvidos na infração, potencializando assim a dificuldade de obtenção e manutenção de um acordo entre eles. (SPAGNOLO, 2008, p. 293)

Por essa razão, os benefícios, além de serem restritos apenas ao primeiro agente que revelar a transgressão, devem ser os maiores possíveis, de forma a maximizar os incentivos à trapaça e à delação:

“Since the objective of a leniency program is deterring cartels by making them hard to sustain, a well-designed and implemented leniency program is one that makes the incentives of an individual (potential or real) cartel member as conflicting as possible with the interest of the cartel taken together. This means that a well-designed program must maximize incentives to betray the cartel by reporting important information to the Antitrust Authority, while at the same time

limiting as much as possible the reduction in fines imposed on the whole cartel.

This objective can be achieved by maximizing the benefits an individual cartel member can receive from reporting under the leniency program, but restricting such maximal benefit to one and only one reporting party, the first comer. This extreme “winner take all” approach maximizes the conflict between individual and collective incentives in the cartel, and is likely to be the most crucial success factor in terms of deterrence.” (SPAGNOLO, 2008, p. 293)

Os benefícios mais óbvios são relativos às multas aplicáveis aos envolvidos – tanto pessoas jurídicas quanto físicas – que podem ser extintas (leniência total) ou apenas reduzidas (leniência parcial).

Na análise dessas duas possibilidades, a literatura especializada tem concluído que a primeira é capaz de gerar resultados mais eficientes, uma vez que maximiza o incentivo à delação (CHEN; HARRINGTON, 2007, pp. 16-18). A concessão de meras diminuições de penalidades pode até mesmo ser contraproducente, na medida em que, se não for acompanhada de um aumento na probabilidade de detecção da infração, pode possibilitar a formação de cartéis que, em outras circunstâncias, não existiriam (MOTA, POLO, 2003, p. 21)

Também é possível a concessão de recompensas positivas, como o pagamento de um prêmio em dinheiro, a concessão de incentivos fiscais, dentre outros (leniência premial). Na visão de Spagnolo (2005, pp. 18-19), a otimização dos resultados da leniência no combate a cartéis depende da introdução desse tipo de benefício, que, financiado pelas próprias multas aplicadas aos demais participantes da infração, maximiza o incentivo à trapaça seguida de delação.

Nos casos em que a colusão também é considerada crime, a leniência pode representar, ainda, oferta de imunidade para as pessoas físicas – administradores, executivos e demais funcionários – envolvidas da infração.

Esse tipo de previsão, se bem integrada com a leniência corporativa, de forma a possibilitar que o acordo celebrado por pessoa jurídica favoreça sua equipe, mas não o contrário – ou seja, sem que a delação feita, de forma isolada, por pessoa física, aproveite à corporação a que é vinculada – além de criar um

incentivo a mais à delação, estabelece uma espécie de competição entre a empresa e seu pessoal (WILS, 2007, p. 39)⁹³.

Nessas circunstâncias, a pessoa jurídica pode ser levada a revelar o cartel em razão do temor de um único indivíduo de ser detectado e punido. Como aponta Scott D. Hammond ao comentar a política de leniência dos Estados Unidos:

So is the decision whether or not to seek *corporate* amnesty influenced by the fact that the disfavored executive faces potential individual criminal exposure? Absolutely. So long as one of its employees has individual exposure, the company remains at great risk. If the company selfreports the conduct under the Corporate Leniency Policy, then the company and all of its cooperating executives will avoid criminal prosecution. However, if the company delays or decides not to report, then the company puts itself in a race for leniency with its own employees. (HAMMOND, 2004, p. 12)

Na esfera civil, também é possível a extinção ou a limitação da responsabilidade do delator relativamente à reparação de danos causados, pelo cartel, a consumidores, fornecedores, concorrentes, dentre outros indivíduos.

Esse tipo de previsão, assim como a imunidade penal, pode representar um aumento significativo nos incentivos à delação, já que, tendo em vista a gravidade dos efeitos negativos gerados por um cartel e o grande número de pessoas geralmente afetadas, as condenações em ações individuais de indenização podem representar perdas maiores do que as multas, além de acrescentarem custos de litigância, como anota Wouter P.J. Wils (2007, p. 40):

If a leniency applicant, and in particular an immunity applicant, could also be offered leniency or immunity from damages, the effect of follow-on private damages actions would be to strengthen the effectiveness of leniency, because potential leniency applicants would

⁹³ Importante ressalva é feita por Wils (2007, p. 39) no sentido de que, se a formação de cartel é criminalizada, mas não é oferecida imunidade aos indivíduos em troca de delação, a celebração de acordos de leniência pelas empresas se torna mais difícil, seja porque elas tendem a proteger seus funcionários ou porque estes não terão incentivos a cooperar, fornecendo informações relevantes sobre a infração.

be attracted by the larger benefit available to them. To the contrary, if immunity applicants or other leniency applicants cannot be offered corresponding immunity or leniency as to damages, follow on private damages actions weaken the effectiveness of leniency, as the prospect of having to pay damages, or at least of having to defend oneself in follow-on private actions, adds a negative element to be weighed in the potential leniency applicant's decision whether or not to apply for leniency.

Partindo do pressuposto de que é necessário oferecer incentivos suficientemente relevantes à delação, alguns autores, como Spagnolo (2008) e Buccirosi *et al.* (2016), vêm sustentando que o signatário de acordo de leniência deve receber o máximo de proteção possível contra ações individuais de reparação civil, propondo-se, inclusive, a completa exclusão da responsabilidade do delator.

Apesar de não contestar que essa seria, de fato, a situação ótima do ponto de vista dos estímulos à colaboração com as autoridades antitruste, Wils (2016b, fls. 43-45) pondera que ela pode gerar problemas como (i) a criação de um efeito moral negativo, com sensação de impunidade que pode reduzir o cumprimento espontâneo das normas concorrenciais; (ii) a redução do valor probatório das informações prestadas pelo delator, tendo em vista a possibilidade que ele cometa exageros para prejudicar os demais membros da organização; (iii) impactos negativos na estrutura do mercado afetado, decorrentes da imposição integral da responsabilidade sobre os agentes não beneficiados pela leniência, com a criação de exagerada vantagem competitiva para o delator, que, geralmente, já é o detentor de maior poder de mercado.

Além disso, a concessão de imunidade civil total ao agente que revela o cartel encontra obstáculos de ordem jurídica, uma vez que pode implicar, de um lado, em prejuízo ao direito dos lesados pela infração, e de outro, em excesso de responsabilidade para os demais envolvidos no acordo colusivo, que deverão arcar com os danos causados pelo delator.

Em outras palavras, a extensão dos efeitos da leniência para o campo da responsabilidade civil esbarra na dicotomia entre o interesse público na eficiência da política de combate a cartéis e os interesses privados dos lesados e dos próprios

envolvidos na infração, sendo necessária a adoção de instrumentos jurídicos adequados para equacionar o conflito.

3.4.3. Elementos formais: procedimento e celebração

Assim como toda manifestação de poder estatal que gera efeitos para particulares, o acordo de leniência depende de um procedimento formal, composto por uma série de atos de agentes públicos que culminam com a celebração do ajuste, por meio de ato exclusivo da autoridade competente.

Para tanto, são definidos os ônus e faculdades de cada uma das partes envolvidas, estabelecidos prazos e formalidades para a prática de determinados atos, previstas as consequências para o caso de descumprimento de preceitos, e, em geral, disciplinada a atuação dos envolvidos, desde o pedido inicial, formulado pelo transgressor, até a final concessão dos benefícios prometidos.

Esse procedimento se destina, em primeiro lugar, à verificação do cumprimento, pelo interessado, dos requisitos exigidos pelas normas que regem a política de leniência. A depender do grau de discricionariedade concedido pelo ordenamento jurídico à autoridade antitruste, é possível, inclusive, a sua utilização como fase de negociação, para se estabelecer, com a concordância do beneficiário, pontos do acordo não detalhados em norma legal.

A segunda – e mais importante – função do procedimento, no âmbito da leniência, é assegurar, contra eventuais arbitrariedades, os direitos dos particulares que manifestam interesse na utilização do mecanismo.

São as formalidades para celebração de acordos que, em última análise, garantem, ao o agente que preencher os requisitos pré-estabelecidos, a efetiva celebração do acordo, e, ao final, a obtenção integral dos benefícios prometidos, sem o risco de ser preterido por outro que, apesar de retardatário, seja de preferência da autoridade competente.

Para tanto, é comumente utilizado o mecanismo – originado nos Estados Unidos – que ficou conhecido como “*marker system*” (em tradução livre, “*sistema de senhas*”), destinado a assegurar um “*lugar marcado na fila*” para a celebração de acordo de leniência, possibilitando, assim, que o interessado obtenha informações e documentos exigidos pela autoridade antitruste sem correr o risco de que outro participante na mesma infração realize a delação na sua frente.

Além de proporcionar maior segurança ao agente que pretende celebrar acordo, esse mecanismo auxilia na criação de uma verdadeira “*corrida*” às autoridades antitruste, uma vez que sequer é necessário que o participante interessado em revelar o cartel detenha, de antemão, todos os elementos necessários para comprovar a transgressão, bastando que forneça informações básicas, a fim de viabilizar a pesquisa sobre a existência ou não de investigação ou proposta anterior relativas à mesma conduta.

A respeito da importância dada ao sistema de marcadores no Estados Unidos, comenta Scott D. Hammond (2009, p. 1):

On a number of occasions, the second company to apply for leniency has been beaten by a prior applicant by only a number of hours. The [Antitrust] Division, however, understands that when corporate counsel first obtains indications of the client’s possible participation in a cartel, authoritative personnel for a company may not know definitively whether the company has participated in a criminal violation of the antitrust laws. Under the marker system, a potential applicant may hold its position in line for leniency for a finite period of time while its counsel gathers more information to support its leniency application. While an applicant holds a marker, no other potential applicant can “leapfrog” over the applicant with the marker. (HAMMOND, 2009, p. 1)

Conclusão semelhante foi adotada em conferência promovida pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que contou com a participação de representantes de 22 países – incluindo Brasil, Canadá, Alemanha e Estados Unidos – e da União Europeia:

[...] many jurisdictions have introduced marker systems into their leniency programmes. A marker is a mechanism that allows prospective leniency applicants to approach the competition authority with initial limited information about a cartel, in exchange for a commitment by the authority to hold their place in the leniency line for a finite period. This gives an applicant more time to finalize its internal investigation and collect all the evidence needed to successfully

complete its leniency application. Many delegations considered that marker systems are a useful component of leniency programmes and that they contribute to the optimal functioning of leniency programmes. This is confirmed by the fact that applicants generally tend to make use of marker systems when available under the leniency programme and by the fact that delegations have reported very positive experiences with their marker systems. (OECD, 2015, pp. 2-3)

As regras procedimentais garantem, por outro lado, a restrição de publicidade de informações e documentos fornecidos, a fim de evitar que sejam utilizados de forma indevida, voltando-se contra o delator.

Eventual divulgação do teor da proposta – bem como das provas que a acompanham – pode gerar danos irreversíveis à imagem do agente perante o mercado, além de deixá-lo exposto a represálias por parte dos demais membros do cartel, a punições em outras jurisdições e, ainda, ao pagamento de indenizações em virtude de ações judiciais de reparação de danos (OCDE, 2002, p. 09; MAZZUCATO, 2004, p. 120; CALLIARI, *et al.*, 2015, p. 322).

Por tais motivos, é essencial, para garantir o bom funcionamento do programa de leniência, a adoção de mecanismos e procedimentos que assegurem a confidencialidade sobre o conteúdo da delação, sobre as informações e provas fornecidas e, principalmente, sobre a identidade do delator – inclusive nos casos em que haja desistência ou rejeição da proposta – sob pena de se gerar riscos que inviabilizem a delação.

3.4.4. Fatores externos

Além da configuração do instituto em si, os resultados de um programa de leniência também são influenciados por fatores externos referentes às características da política de defesa da concorrência em que está inserido.

Há, na verdade, uma relação de mutualidade – geralmente ignorada nos estudos sobre o tema – entre os diversos mecanismos de combate a cartéis (HARRINGTON JR.; CHANG, p. 3).

No que se refere especificamente à leniência, seu bom funcionamento está intrinsecamente ligado às perdas que podem ser experimentadas pelos transgressores em virtude da atuação autônoma das autoridades antitruste – ou seja, da efetiva possibilidade de aplicação de penalidades significantes, mesmo quando a organização não é revelada por um de seus membros – uma vez que, quanto maiores os riscos da conduta, maiores os incentivos à delação.

Esse fato foi, há muito, explicitado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico em estudo sobre a leniência:

If penalties are too weak or are applied too infrequently, then firms may disregard an offer to relax them. An enforcement agency may see few results from a leniency program before it has succeeded in imposing a significant penalty on a cartel; however, the example of penalties imposed in similar or neighbouring jurisdictions may give firms some incentive to come forward. (OCDE, 2002, p. 09)

Não por outro motivo, as autoridades antitruste norte-americanas consideram que, apesar de a leniência ser a ferramenta mais importante no combate a cartéis, o sucesso desse instituto depende diretamente da sua combinação com o enrijecimento das sanções aplicáveis aos infratores e o incremento das taxas de detecção cartéis (HAMMOND, 2000, p. 10)⁹⁴.

Dentre as variáveis complementares à leniência, portanto, uma das mais importantes é a severidade das sanções previstas para os infratores, que cria, de um

⁹⁴ Sobre o tema, comenta Paolo Zupo Mazzucato (2004, pp. 20-21): “Os três elementos [...] estão visceralmente interligados. É possível afirmar que o êxito de um programa de leniência (e, por conseguinte, do combate a cartéis) depende diretamente daqueles dois últimos fatores. Se os agentes econômicos entenderem como baixo o risco de detecção de um cartel, penalidades severas não serão suficientes para dissuadir sua formação, e a procura pelo acordo de leniência será pequena. Se, por outro lado, a descoberta da infração for provável, mas a sanção for baixa se comparada aos lucros daquela advindos, também não haverá incentivos para a delação de colegas de conspiração – a multa será contabilizada como um custo, a exemplo de outro qualquer, do “negócio” cartel.”

lado, maiores riscos para o agente que opta por integrar um acordo colusivo, e, de outro, maiores incentivos à delação, quando já formada a organização^{95 96}.

De fato, já se reconheceu que, diante da grande semelhança de configuração entre os programas de leniência dos Estados Unidos e da União Europeia, a discrepância entre seus resultados decorre das diferenças nos institutos legais a eles relacionados, sobretudo no tocante à rigidez das sanções, que, no direito comunitário europeu, não se estendem ao campo criminal:

The US leniency program, introduced in 1978 and amended 1997, is comparable to that of the European Union in that cartel members that report the existence of a cartel can expect a lenient execution of antitrust laws. Indeed, the main difference between the US and Europe is not in their respective leniency programs, but in the concomitant antitrust legislation. Criminal prosecution of individuals is a prominent component of US antitrust law, whereas these are absent in European legislation. Accordingly, the US leniency program has individual cartel members substantially more to offer. It is then not surprising to learn that the number of cartels that is effectively broken due to a leniency program is much higher in the US than in Europe. (HINLOOPEN, 2002, p. 2)

A leniência, como visto, aumenta as probabilidades de condenação, não só por facilitar a obtenção de informações relevantes pelas autoridades antitruste, mas também por se tornar solução eficiente para o declínio natural do cartel. Assim, quanto mais altas as sanções⁹⁷ para os agentes não beneficiados pela leniência,

⁹⁵ Ao tratar da necessidade de fixação e aplicação de multas severas para as empresas participantes em acordos colusivos, assevera João Bosco Leopoldino da Fonseca (2008, p. 80) que elas servem não só para advertir os potenciais transgressores de que seus ganhos extraordinários podem ser eliminados por perdas igualmente vultuosas, mas, também, “para estimular as empresas envolvidas num cartel a denunciá-lo e a cooperar com as autoridades encarregadas da investigação, trazendo enorme contribuição para a eliminação dos próprios cartéis.

⁹⁶ Elucida Wils (2007, p. 24) que a relação entre a rigidez das penalidades e os incentivos à delação decorre do fato de que, quanto maior a sanção prevista, maior o benefício decorrente de sua exclusão ou redução, por meio da leniência.

⁹⁷ É preciso ter em mente, todavia, que a majoração das sanções (inclusive as estritamente pecuniárias) encontra limites, tanto de natureza jurídica, como o princípio da proporcionalidade entre

maiores as perdas potenciais decorrentes da atividade ilícita, e, conseqüentemente, menores os incentivos à colusão⁹⁸.

De outro lado, a combinação de penalidades excessivamente brandas com a previsão da possibilidade de leniência pode gerar o efeito oposto – ou seja, o encorajamento da formação de cartéis – pela razão óbvia de que as perdas esperadas em caso de punição, que já são baixas em razão da suavidade das sanções, podem ser ainda mais reduzidas por meio da delação.

A respeito do tema, comentam, com propriedade, Joseph Harrington Jr. e Myong-Hun Chang (2015, p. 29)⁹⁹:

Indeed, a primary appeal of a leniency program is that it will cause cartel members to believe there is a higher probability that they'll end up paying penalties, but this will substantively deter cartel formation only if penalties are sufficiently severe. It is then important that the institution of a leniency program be done in conjunction with appropriately high penalties. Failure to do so can mean a leniency program is not just ineffective but counter-productive.

o delito e a pena, quanto de caráter econômico, como a possibilidade de se levar empresas à falência, o desperdício de recursos sociais utilizados para evitar a punição – seja com mecanismos mais sofisticados de ocultação e dissimulação da conduta ilícita ou por meio de estratégias de *compliance* – e, ainda, a ineficiência alocativa de recursos, decorrente do medo dos agentes de que determinadas atividades lucrativas, porém de licitude incerta (ARLMAN, 2005, pp. 10-11).

⁹⁸ Sobre a relação direta entre os resultados da leniência e a rigidez das sanções, comenta Maíra Beuchamp Salomi (2012, pp. 143-144): “O primeiro fator consiste na escolha vantajosa e aconselhável pela colaboração com as autoridades, na medida em que a participação no cartel é considerada crime, havendo risco efetivo de prisão. Mister a presença de penas que intimidem e inibam a formação do cartel. A receita norte-americana para o sucesso tem como pressuposto que os riscos envolvidos na formação e atuação do cartel precisam ser maiores que os eventuais benefícios econômicos das condutas ilícitas intentadas ou consumadas, sob pena de serem vistas como apenas um custo a mais na estratégia corporativa das empresas e de seus dirigentes. Os incentivos oferecidos pelo Programa de Leniência devem ser suficientemente atraentes.”

⁹⁹ No mesmo sentido, apontam Catarina Marvão e Giancarlo Spagnolo (2014, p. 2) que a natural tendência das autoridades antitruste de se utilizarem da leniência de forma generosa, com o objetivo de obter um grande número de condenações, pode levar, em jurisdições nas quais as sanções não são suficientemente robustas, à produção de um custo social consistente na redução da prevenção da formação de cartéis. No original: “If sanctions are not robust, however, as in most other jurisdictions, this may come at the social cost of reduced cartel deterrence.”

Em outras palavras, o enrijecimento das sanções é necessário para neutralizar o efeito, causado pela própria leniência, de redução das perdas potenciais totais decorrentes da formação de cartel:

One way to counteract the penalty-lowering effect of leniency may be first to raise the level of penalties applicable in the absence of cooperation. If, for instance, leniency leads to an average penalty reduction of 33 %, this effect can be neutralised by first raising the penalty level applicable in the absence of cooperation by 50 %. (WILS, 2007, pp. 27-28)

Outra importante variável externa que influencia – como visto, em relação de mutualidade – os resultados de um programa de leniência é o grau de sucesso das atividades de detecção independente de cartéis pelas autoridades antitruste em casos nos quais não há delação:

Um outro fator a ser considerado reside na credibilidade da agência promotora da livre concorrência. Deve haver um risco significativo de apuração e punição da conduta ilícita pela autoridade competente. Diante de um clima de ansiedade, tensão e desconfiança, é inevitável a inibição de futuros cartéis e o desmantelamento dos já existentes. (SALOMI, 2012, p. 144)

Trata-se de medida de difícil observação e quantificação, por ser sujeita a contingências (as investigações, ainda que com amplo emprego de recursos e esforços, nem sempre rendem os resultados esperados) e depender de estratégias internas restritas ao público.

Um bom indicador, todavia, é o orçamento das autoridades antitruste, já que é razoável presumir, na esteira do pensamento de Gary S. Becker (1968, p. 174), a existência de uma relação diretamente proporcional entre o nível de recursos – financeiros, humanos e tecnológicos – alocados na investigação de condutas ilegais e a taxa de sucesso dessa atividade.

A leniência, ao mesmo tempo em que pode gerar economia desses recursos, possibilitando sua alocação na investigação de cartéis mais estáveis, em

relação aos quais dificilmente há delação, também pode gerar um cenário de ineficiência da política de defesa da concorrência, diante da natural tendência dos agentes encarregados da execução das normas antitruste de se dedicarem mais – ou exclusivamente – aos casos em que há leniência, por representarem “*vitórias certas*” (WILS, 2007, p. 29; HARRINGTON JR., 2011, p. 08).

Ademais, a natural elevação das estatísticas de infratores condenados e multas aplicadas, decorrente do maior influxo de informações e provas decorrentes da leniência, pode gerar uma tendência de redução dos recursos destinados às autoridades antitruste, em virtude de uma falsa sensação de sucesso no combate aos cartéis (HARRINGTON JR.; CHANG, 2015, p. 03).

Essa situação é extremamente danosa à política de defesa da concorrência como um todo, uma vez que a retração das atividades de investigação, ao mesmo tempo em que faz diminuir a probabilidade de detecção e punição de condutas anticoncorrenciais quando não houver leniência, reduz os incentivos à delação, o que acaba por encorajar a colusão, em um ciclo vicioso:

A second key complementary policy to a leniency program is a competition authority's budget. With firms coming to the competition authority for leniency - rather than a competition authority having to actively look for cases - there may be a temptation to reduce the resources of a competition authority. This would be a mistake. If resources are constrained then the attention given to the leniency cases will have a crowding-out effect on non-lenieny enforcement which can allow the more stable cartels to avoid prosecution longer and this can raise the presence of cartels. A competition authority's budget and a leniency program should be thought of as complements - not substitutes - and, accordingly, budgets should be expanded and processes should be streamlined to more effectively handle leniency cases so as to maintain a strong enforcement presence for cartels who do not apply for leniency. (HARRINGTON JR.; CHANG, 2015, pp. 29-30).

Em outras palavras, a leniência não pode ser tratada como substituto aos métodos tradicionais de investigação, mas sim como mais um instrumento da política de combate a cartéis, como anota Wouter P.J. Wils (2007, p. 22):

It is however important to note that leniency is not a substitute but a complement to the other methods of collecting intelligence and evidence of antitrust violations. Indeed, leniency can only work if the companies and individuals concerned perceive a risk that the competition authorities will detect and establish the antitrust violation without recourse to leniency. The risk could be a specific one, where the competition authority is already collecting or receiving information of the antitrust violation by other means (or is believed to be doing so, or to be doing so in the near future) or a more general one, where a competition authority, as a result of many other recent cases of successful detection and prosecution, is believed to be good at it.

É essencial, assim, que a dotação de recursos às autoridades antitruste seja feita de forma a manter um nível mínimo de detecção independente, seja por meio dos instrumentos clássicos de monitoramento de mercados e agentes, acompanhados de medidas coercitivas, ou mediante adoção de novos mecanismos de investigação – *e.g.* a oferta de recompensas a terceiros em troca de informações, prática recentemente adotada na Coreia do Sul¹⁰⁰ – sob pena de inviabilizar o funcionamento do programa de leniência.

De extrema importância, para garantir a eficiência no emprego de recursos para investigação de cartéis, a busca de atuação conjunta e cooperativa com autoridades antitruste de outros países, tendo em vista a forte tendência, verificada nas últimas décadas, de internacionalização dos cartéis¹⁰¹:

In today's global economy, cartels do not stop at national borders, so cartel investigations cannot either. There is a growing worldwide

¹⁰⁰ A respeito, cf. nota de rodapé n. 123.

¹⁰¹ Os exemplos mais conhecidos de cartéis internacionais provavelmente são o Cartel da Lisina – que envolveu uma empresa norte-americana, duas japonesas e duas sul-coreanas – o Cartel do Ácido Cítrico – que envolveu uma empresa norte-americana, uma alemã, uma holandesa e duas suíças – e o Cartel das Vitaminas – que envolveu uma empresa norte-americana, uma suíça, uma francesa, uma holandesa, duas alemãs, e duas japonesas – todos detectados e punidos pelas autoridades antitruste dos Estados Unidos durante a década de 1990 e, posteriormente, também levados a julgamento em diversas outras jurisdições, incluindo a União Europeia, Canadá, Austrália e Coreia do Sul (HAMMOND, 2010, pp. 7-10).

consensus that international cartel activity is harmful, pervasive, and is victimizing businesses and consumers everywhere. The shared commitment of competition enforcers to fighting international cartels has led to the establishment of cooperative relationships among competition law enforcement authorities around the world in order to more effectively investigate and prosecute international cartels. (HAMMOND, 2010, p. 14)

Por fim, um terceiro fator externo que pode influenciar nos resultados de um programa de leniência é a sua integração com mecanismos de investigação em diferentes campos do direito dentro de uma mesma jurisdição, já que a colusão pode ser acompanhada da prática de outras transgressões – tanto de cunho administrativo quanto criminal – como aquelas contra a administração pública (v.g. corrupção e fraudes em licitações), contra a ordem econômica, contra consumidores, e até mesmo contra o mercado de capitais¹⁰².

Nesses casos, o participante que revelar a existência do cartel à autoridade antitruste pode ficar sujeito a ser processado e punido, com base nas informações e provas por ele mesmo fornecidas, pelas outras transgressões praticadas pela organização. Essa situação, por evidente, reduz os incentivos à utilização do programa de leniência na esfera antitruste, como apontam Reinaldo Diogo Luz e Giancarlo Spagnolo (2016, p. 2):

In these scenarios, the legal incentives are not aligned: the incentive created by the antitrust leniency policy to blow the whistle and collaborate may be neutralized, at least to some extent, by the disincentive of the risk of being sentenced to imprisonment or fined in the same or in other jurisdiction.

Para solucionar esse problema, é essencial, concluem os autores, não só a introdução de mecanismos de leniência *ex ante* para outras transgressões, mas,

¹⁰² De fato, aponta Christopher Leslie (2006, p. 458) que os incentivos à confissão da participação em acordos colusivos são limitados pelo fato de que essa conduta não envolve apenas infrações concorrenciais, podendo a delação gerar, por exemplo, a responsabilidade de executivos e administradores por violações à legislação de valores mobiliários, decorrentes da prestação de informações falsas em declarações públicas sobre a empresa.

principalmente, a criação de uma estrutura jurídica apropriada, na qual sejam harmonizados aqueles institutos e coordenada a atuação das autoridades estatais envolvidas, de modo a possibilitar a concessão de tratamento benéfico em relação a todas as infrações noticiadas (LUZ, SPAGNOLO, 2016, pp. 26-27).

3.5. Análise de eficiência dos mecanismos de leniência no combate a cartéis: revisão de literatura e apontamentos metodológicos

Em que pese a utilização da leniência em âmbito concorrencial ter sua gênese no ano de 1978 – quando foi introduzida, nos Estados Unidos, a versão originária do *Corporate Leniency Program* – a eficiência desse mecanismo no combate a cartéis somente passou a ser objeto de análise acadêmica a partir da década de 1990, sobretudo em razão da reforma daquele programa, ocorrida em 1993, e da criação do europeu, em 1996.

Os primeiros trabalhos publicados sobre o tema trataram de forma cética o alarde que se fazia, à época, sobre os resultados obtidos pela autoridade antitruste norte-americana após a reforma de 1993, apontando que a má utilização do instituto poderia gerar resultados contraproducentes.

Sem dúvidas, os pesquisadores italianos Massimo Motta e Michele Polo foram os pioneiros no estudo da matéria, sendo o artigo intitulado “*Leniency Programs e Cartel Prosecution*” – cuja versão final foi publicada no ano de 2003 – referência na análise teórica de eficiência do instituto no combate a cartéis¹⁰³.

Utilizando-se de um modelo no qual empresas independentes interagem de forma repetida em um mercado oligopolístico, decidindo, em cada período, se competem normalmente ou entram em um acordo colusivo – caso em que têm uma probabilidade pré-fixada de serem detectadas e punidas – os autores comparam os resultados esperados por dois tipos diferentes de programas de leniência: um no qual somente é possível a obtenção de benefícios quando a delação é feita antes da abertura de investigação (*ex ante*) e outro no qual é possível a celebração de acordo mesmo após já detectada a conduta (*ex post*).

¹⁰³ Antes da versão final, foram publicadas duas outras, na forma de *working papers*, nos anos de 1999 e 2001. Por essa razão, alguns estudos baseados nesse modelo são anteriores à data de sua publicação definitiva.

Com base nessa análise, concluem que a última alternativa é mais eficiente, uma vez que, apesar de gerar efeitos negativos decorrentes da possibilidade de obtenção de benefícios por membro de cartel detectado de forma exógena, produz também efeitos positivos que se sobrepõem àquele, consistentes na economia de recursos utilizados para obter a condenação – que podem, assim, ser destinados à investigação de outras transgressões – e no incremento da probabilidade de condenação dos participantes em acordos colusivos.

Os autores, todavia, deixam claro que, por invariavelmente produzir um efeito pró-colusivo decorrente da diminuição das sanções totais aplicáveis aos participantes em um cartel, a leniência não é a solução ótima para o combate a esse tipo de conduta anticoncorrencial, mas sim uma escolha do tipo segundo melhor (*second-best choice*), que apenas se torna viável tendo em vista a limitação dos recursos disponíveis para investigação dessas transgressões.

Adaptando o modelo para focar a análise no caráter preventivo da leniência, Spagnolo (2000a) exclui a possibilidade de celebração de acordo após a abertura de investigações sobre a conduta, concluindo que é possível a obtenção de resultados eficientes, desde que os benefícios sejam limitados ao primeiro agente que delatar, e o nível das sanções previstas para o caso de detecção externa seja suficientemente alto.

Outros trabalhos, como os publicados por Spagnolo (2000b), Ellis e Wilson (2003), Brisset e Thomas (2004), Motchenkova (2004) e Chavda e Jegers (2007), discutem possíveis efeitos ambíguos que podem ser causados, na lógica interna dos cartéis, por um programa de leniência mal configurado, sob a hipótese de que, em determinadas situações, a ameaça de delação pode ser utilizada como um mecanismo de coação interna, diminuindo os riscos de descumprimento do acordo colusivo por seus integrantes.

Já Wils (2007) apresenta uma análise sistemática dos possíveis efeitos positivos e negativos da leniência, buscando confrontá-los a fim de obter conclusões sobre como os primeiros podem superar os últimos.

Deixando de lado as preocupações com os possíveis efeitos negativos da leniência, outros autores se dedicaram a criar modelos de interação estratégica entre agentes que, se aproximando o máximo possível da realidade, se destinam a delimitar os pressupostos necessários à otimização dos resultados do instituto, tanto na prevenção quanto na detecção e dissolução de cartéis.

Fees e Walzl (2003) utilizaram-se de um modelo de mercado com dois agentes – que escolhem, em um primeiro estágio, por coludir ou não, e, naquele caso, optam, em um segundo estágio, por delatar ou não – para comparar os programas norte-americano e europeu (este, em sua configuração anterior à reforma de 2006), concluindo que o último apresenta-se mais adequado, por condicionar a extensão dos benefícios à quantidade de informação fornecida e ao momento da delação – se antes ou depois da abertura de investigação – e, ainda, por permitir, em determinados casos, a redução de multas para o segundo delator.

Motta e Polo (2005), também em confronto dos dois programas acima referidos, entendem que a configuração ótima do instituto depende de descontos generosos nas multas aplicáveis ao primeiro agente que revelar a infração, mesmo após a abertura de investigações, bem como da restrição da responsabilidade civil e da previsão de incentivos também para os indivíduos, além da transparência e automaticidade na concessão dos benefícios prometidos e da confidencialidade em relação à identidade dos delatores.

Por sua vez, Spagnolo (2005) compara o que chama de programa de leniência “moderado”, que apenas promete a extinção ou redução das sanções – como ocorre, em regra, na realidade – com o que denomina programa de leniência “arrojado”, que recompensa o primeiro agente a delatar com o valor das multas pagas pelos demais participantes, concluindo que o último, associado a penalidades suficientemente altas, produz resultados ótimos no combate a cartéis.

Pondera, todavia, que, em razão das naturais limitações – de ordem jurídica, política, moral, e até mesmo econômica – à configuração da política de defesa da concorrência, a leniência “moderada” pode representar mecanismo adequado, mas tem sua eficiência condicionada, sobretudo, à generosidade com que é tratado o delator, razão pela qual é necessário evitar restrições aos benefícios, expandindo-os às pessoas físicas e ao campo da responsabilidade civil.

Conclusões semelhantes foram obtidas por Aubert *et al.* (2006) e Chen e Harrington Jr. (2007). Os primeiros tratam especificamente das vantagens de se conceder benefícios positivos, tanto às empresas quanto às pessoas físicas. Já os últimos acrescentam que a chamada leniência integral – em contraposição à parcial – além de tornar a colusão mais difícil, pode, ao aumentar a probabilidade de detecção dos cartéis cuja formação não é detida, reduzir o sobrepreço por eles imposto no mercado.

Em estudo posterior, Harrington Jr. (2008) observa que, dependendo das circunstâncias, pode ser eficiente conceder leniência parcial, ou seja, apenas redução das penalidades. Também verifica que, embora seja essencial impor limitações temporais para celebração de acordo, pode ser desejável, para maximizar o efeito preventivo da leniência, a concessão de imunidade mesmo quando já exista alta probabilidade de condenação independentemente da delação.

Partindo de pressuposto análogo, segundo o qual a política de combate a cartéis deve maximizar a desconfiança entre os membros dessas organizações, mediante alargamento da diferença entre a situação do delator e dos demais, Leslie (2006) apresenta exemplar análise sobre questões controvertidas relativas à configuração da leniência no campo concorrencial – como a elegibilidade do líder, e as restrições temporais à celebração de acordos – bem como à relação do instituto com o valor das sanções previstas para a transgressão.

Já Wils (2007) estuda, de forma detalhada, a interferência, sobre os resultados da leniência no combate a cartéis, dos riscos associados à delação, como a previsão de sanções criminais para os indivíduos, a possibilidade de ações individuais de reparação de danos e de aplicação de penalidades em outras jurisdições com base nas informações reveladas.

Por sua vez, Harrington Jr. (2013) trata da interação mútua entre os incentivos internos e externos à celebração de acordos de leniência. Enquanto os primeiros, que dizem respeito ao medo de que outro agente venha a delatar, se relacionam diretamente à benevolência dos benefícios oferecidos, os últimos se referem ao risco de detecção e punição, estando associados, portanto, às atividades independentes da autoridade antitruste.

Buccirosi *et al.* (2016) e Wils (2016b) tratam, com enfoque no direito comunitário europeu, das relações entre os mecanismos públicos de defesa da concorrência – dentre eles, a leniência – e o *enforcement* privado da legislação antitruste, decorrente de ações individuais de reparação de danos causados pelos transgressores. No Brasil, a matéria é tratada por Maggi (2010) e Casselta (2015).

Também voltados à realidade brasileira, Vasconcelos e Ramos (2014) buscaram criar um modelo que reproduzisse as normas do programa de leniência reformulado pela Lei n. 12.539/2011, apresentando resultados – condizentes com a literatura em geral – no sentido de que a eficiência do instituto no combate a cartéis depende de fatores como a performance da autoridade antitruste na detecção das

infrações, os lucros obtidos pelos agentes em conluio, e o nível dos benefícios concedidos ao delator.

Fora essa farta gama de estudos baseados na criação de modelos matemáticos, outros trabalhos se utilizam de metodologias mais tradicionais à área jurídica, como a análise comparada – *v.g.* Fantova (2002), Mazzucato (2004), Souza (2007), Buhart (2012), Lara e Luz (2015) – e revisão bibliográfica, como as promovidas por Spagnolo (2008) e Marvão e Spagnolo (2014, 2016).

Ainda sob a perspectiva teórica, têm relevância os estudos que analisam a interferência de fatores externos no sucesso da leniência.

Hinloopen (2002) trata da relação entre o valor das penalidades e os incentivos à delação, com enfoque no programa da União Europeia. Harrington Jr. (2011) e Harrington Jr. e Chang (2015) buscam demonstrar que a rigidez das sanções, o orçamento das autoridades antitruste, e a forma como os recursos são alocados na investigação, detecção e punição dos cartéis, influenciam diretamente na leniência, e também são por ela influenciados. Cai (2012) estuda a relação entre o instituto e a alocação ótima de recursos na investigação de condutas colusivas. Luz e Spagnolo (2016) analisam a interface entre os mecanismos de leniência utilizados no combate a cartéis e à corrupção. No Brasil, Pereira (2011) estuda a relação entre a leniência e os Termos de Compromisso de Cessação de Prática.

Por outro lado, utilizando-se de metodologia empírica – de observação de resultados – Harrington Jr. e Chang (2015) verificaram que, após a reforma do programa norte-americano em 1993, houve um aumento de curto prazo na duração média dos cartéis descobertos. Resultados semelhantes foram obtidos por Zhou (2015) em análise do programa comunitário europeu e por Choi (2011 e 2014) em relação ao programa instituído na Coreia do Sul.

Em trabalho posterior, Harrington Jr. e Wei (2015) buscaram explicar de que forma os dados sobre os cartéis descobertos podem gerar conclusões a respeito do número de cartéis latentes.

Por sua vez, Miller (2007) conclui, também com base na observação empírica da experiência dos Estados Unidos, que um aumento imediato no número de cartéis descobertos, seguido por uma queda para níveis de descoberta inferiores aos pré-leniência, pode indicar a eficiência dos mecanismos adotados.

Analisando o programa de leniência da União Europeia, Arlman (2005) concluiu que houve uma significativa redução do tempo de investigação de cartéis

após a sua criação. Conclusão semelhante foi obtida por Brenner (2009) que verificou, após a introdução do instituto no direito comunitário europeu, a diminuição do tempo médio de investigação em um ano e meio, além do aumento no valor das multas aplicadas.

Outros dados observáveis também vêm sendo estudados na tentativa de identificar uma forma de medir o sucesso de um programa de leniência. Chen e Harrington Jr. (2007) e Berget (2014) analisam o comportamento dos preços no período após a detecção de um cartel. Por sua vez, Klein (2010) examina as variações nos indicadores de intensidade da competição na indústria de países europeus desde o início da década de 1990. Já Borrel *et al.* (2014) buscam quantificar o impacto de programas de leniência na percepção da efetividade da política de defesa da concorrência em 59 países.

Em que pese a relevância de todos esses estudos – e de muitos outros não citados – na construção do conhecimento sobre a eficiência dos mecanismos de leniência, esse objeto de estudo, por suas peculiaridades, apresenta grandes desafios, independentemente da metodologia adotada.

O estudo teórico, por óbvio, incorre em problemas relativos à verificação da acuracidade das conclusões obtidas, que dependem, para seu falseamento, da implementação, no mundo real, de uma determinada configuração de leniência, o que, além de muitas vezes não ser possível – por falta de conhecimento ou mesmo de incentivo por parte dos responsáveis pela modelagem da política de defesa da concorrência – implica em experimento que, em caso de falha, pode gerar graves consequências socioeconômicas.

De outro lado, o estudo empírico, baseado na observação de resultados concretos, sofre de complicações decorrentes do fato de que os dados observáveis sobre determinado programa de leniência – relativos ao número de cartéis descobertos, de acordos celebrados e de multas aplicadas – não servem para embasar conclusões concretas sobre a eficiência do mecanismo, por nada dizerem a respeito da quantidade de cartéis ativos não descobertos.

Em outras palavras, o sucesso de um programa de leniência deve ser medido pelos ganhos socioeconômicos que é capaz de gerar, através da diminuição do número de cartéis existentes na economia, que, por razões óbvias, não é passível de verificação empírica (HARRINGTON JR.; CHANG, 2015, p. 2).

Um grande número de acordos de leniência celebrados – ou um elevado valor de multas aplicadas – pode não decorrer da eficiência do instituto, mas sim da existência de muitos cartéis na economia (MARVÃO; SPAGNOLO, 2014, p. 2; HARRINGTON JR.; CHANG, 2015, p. 2), que pode ser consequência, dentre outros fatores, dos próprios incentivos gerados pela possibilidade de diminuição ou extinção das penalidades mediante delação¹⁰⁴.

Um método comumente adotado para contornar esses problemas é a realização de experimentos controlados em laboratório, com jogos previamente modelados para verificar a reação dos sujeitos a diferentes possibilidades e configurações da leniência e dos demais instrumentos de combate à colusão, como feito nos trabalhos de Hinloopen e Soetevent (2008), Hamagushi *et al.*(2009), Bigoni *et al.* (2014) e Hinloopen e Onderstal (2014).

Em que pese a importância desse tipo de metodologia, que serve para testar, sem necessidade de efetiva alteração da política de defesa da concorrência e com possibilidade de observação direta de resultados, as conclusões obtidas nos estudos teóricos e empíricos, os resultados obtidos com seu emprego devem ser vistos com cautela, sobretudo tendo em vista a impossibilidade de se reproduzir, em laboratório, o comportamento humano tal como ocorre na realidade. Nesse sentido, ponderam Cararina Marvão e Giancarlo Spagnolo (2014, p. 11):

Laboratory experiments are thus a crucial complementary empirical method because they overcome these drawbacks. They allow behaviour to be observed in a controlled environment, including changes in the rate of overall cartel formation, and different policy designs to be tested at a reasonable cost.

Obviously, laboratory experiments themselves have several well-known drawbacks that offset their advantages to some extent. The results of laboratory experiments must therefore be carefully examined, particularly when assessing firm behaviour based on the

¹⁰⁴ Sobre o tema, comenta Wils (2007, p. 34): *“Of course, it would be nice if we were able to measure the overall effect of leniency by observing directly its impact on the cartel population. But, given that cartels hide themselves, we have no way to observe directly the population of cartels. We can observe the population of discovered cartels, but this is a very unreliable indicator of the cartel population, as an increase or decrease in the number of detected cartels can be equally due to improved or worsened detection as to an increase or decrease in the cartel population.”*

behaviour of subjects in the laboratory. Because subjects are typically students and interaction is artificially simulated, the external validity of the results achieved cannot be taken for granted.

Diante de todo o exposto, e levando em conta as dificuldades metodológicas que se impõem sobre o estudo do tema, analisar-se-á, no próximo capítulo, o Programa Brasileiro de Leniência, comparando-o com experiências estrangeiras mais bem consolidadas e buscando constatar pontos positivos e eventuais problemas, bem como propor soluções para a otimização dos resultados do instituto no combate à formação de cartéis.

CAPÍTULO IV – O PROGRAMA BRASILEIRO DE LENIÊNCIA

Sumário

4.1. Política Brasileira de Defesa da Concorrência – 4.2. Estudo comparado do Programa brasileiro de Leniência; 4.2.1. Competência; 4.2.2. Beneficiários; 4.2.3. Requisitos; 4.2.4. Benefícios; 4.2.5. Efeitos no campo da responsabilidade civil; 4.2.6. Procedimento; 4.2.7. Confidencialidade; 4.2.8. Leniência *plus*; 4.2.9. Resultados; 4.2.10. Fatores externos.

Em que pese sua grande importância no combate aos cartéis e o fato de já existir como potencialidade no ordenamento jurídico brasileiro há mais de quinze anos, o Programa de Leniência ainda não produziu, entre nós, resultados expressivos, em que pese o gradativo aumento de sua importância¹⁰⁵.

Uma das razões do estágio ainda incipiente do Programa Brasileiro de Leniência é, sem dúvidas, a escassa produção científica no campo da defesa da concorrência no país. De fato, se comparado com outras disciplinas jurídicas seculares, o Direito da Concorrência ainda se apresenta, entre nós, como novidade, que gera pouco interesse no meio acadêmico, apesar dos grandes autores que se debruçaram sobre o tema no decorrer das últimas três décadas.

O problema relativo à otimização dos efeitos da leniência como instrumento de defesa da concorrência representa campo fértil para pesquisa científica, como sustentam Vasconcelos e Ramos (2007, p. 4):

Em suma, pode-se depreender desta literatura que o tema efetividade da política de leniência ainda é campo para extensa pesquisa, tendo em vista a contemporaneidade do programa.

O presente Capítulo é dedicado, justamente, à análise das características e resultados do Programa Brasileiro de Defesa da Concorrência, com base no

¹⁰⁵ Cita-se recente caso que tomou grande repercussão midiática, referente ao acordo de leniência celebrado pela empresa multinacional Siemens para fornecer, ao Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), informações acerca da formação de cartel destinado à prática de fraudes em licitações relativas à operação de trens e metrô no Estado de São Paulo.

substrato teórico firmado no decorrer do trabalho e em comparação com os programas dos Estados Unidos e da União Europeia, que se apresentam não só como os precursores da utilização do instituto no combate a cartéis, mas, atualmente, como as mais bem consolidadas experiências nesse campo.

São estudados tanto os avanços obtidos pela política brasileira de defesa da concorrência nos últimos anos – sobretudo após a edição da Lei n.º 12.529/2011 – quanto pontos ainda pendentes de maior debate e aprimoramento, como os relativos à responsabilidade criminal e civil do signatário de acordo de leniência; aos instrumentos destinados à garantia da confidencialidade das informações e provas fornecidas; à rigidez das sanções; à atuação da autoridade antitruste na detecção de cartéis independentemente de delação; às relações com o programa de leniência instituído no âmbito da Lei Anticorrupção, dentre outras.

Ao final, busca-se apresentar conclusões sobre a existência de eventuais imperfeições no modelo de aplicação da leniência adotado pela legislação antitruste brasileira – seja em virtude da configuração dada ao instituto ou de fatores da Política de Defesa da Concorrência que lhe são externos, porém complementares – e, assim, apresentar reflexões críticas acerca das possibilidades de reformas destinadas à maximização dos ganhos socioeconômicos proporcionados por esse mecanismo no campo concorrencial.

4.1. Política Brasileira de Defesa da Concorrência

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, reconhecendo a importância da livre concorrência, tratou de consagrá-la, em seu art. 170, IV, como um dos princípios gerais da ordem econômica.

Tal previsão representa decorrência lógica da ideologia adotada no texto constitucional, que abordou, de forma expressa e objetiva, as questões econômicas, *“afastando-se da técnica liberal de ignorá-las”* (SOUZA, 2002, p. 174) e buscando estabelecer as bases para a garantia do funcionamento adequado e eficiente do sistema produtivo a fim de assegurar a higidez da economia de mercado e viabilizar, por conseguinte, o desenvolvimento econômico em harmonia com a afirmação da dignidade humana e a consecução da justiça social.

De fato, em razão de seus reconhecidos benefícios socioeconômicos, a livre concorrência é essencial à concretização dos ideais constitucionais, pois não só

assegura que qualquer agente possa entrar e permanecer no mercado (livre iniciativa), mas também beneficia os consumidores – que podem obter menores preços e maior qualidade – estimula a inovação tecnológica e ainda fortalece e diversifica o mercado de trabalho. A tutela da concorrência, assim, pode ser vista como o cerne de atenção do Direito Econômico (FONSECA, 2014, pp. 318-319).

Nesse contexto, a intervenção estatal não pode se limitar ao aspecto estritamente liberal de repressão de abusos e distorções no ambiente competitivo. A disciplina da livre concorrência, da forma como tratada pela ordem constitucional, requer uma atuação positiva do Poder Público, que deve se utilizar de mecanismos necessários para orientar a conduta dos agentes privados, alinhando-a aos preceitos constitucionais e, assim, evitando que o poder econômico – consequência natural da economia de mercado – se imponha de forma a distorcer o ambiente competitivo (FONSECA, 2014, pp. 94-95; VAZ, 1993, pp. 272-275).

É necessário, portanto, entender a tutela do mercado de forma teleológica. Os responsáveis pela criação e implantação de políticas de defesa da concorrência devem buscar analisar e compreender os efeitos de suas decisões, a fim de alcançar seus objetivos da forma mais eficiente possível, ou seja, gerando um máximo de benefícios associado a um mínimo de perdas sociais.

A tutela estatal da concorrência, entre nós, tem suas origens mais remotas no ano de 1938, quando foi editado o Decreto-Lei n. 869/1938, que pode ser considerado como “*o primeiro diploma legal destinado a coibir quaisquer formas de impedir a livre-concorrência*”, em que pese a natureza eminentemente penal de sua disciplina (OLIVEIRA, 2002, pp. 13-14).

O regramento do tema teve considerável progresso com a edição da Lei nº 8.884/94, que, influenciada pelos ditames da Constituição de 1988 e pelas tendências internacionais, operou a sistematização das normas antitruste, representando o início da concretização e estabilização de uma efetiva política de defesa da concorrência, após diversos diplomas legais dotados de pouca – ou quase nenhuma – efetividade (OLIVEIRA, 2002, p. 23; FORGIONI, pp. 143-144).

Grande avanço de mentalidade era percebido logo no primeiro artigo desse Diploma, que demonstrava a preocupação não só com a *repressão* das infrações contra a ordem econômica – como já ditava a Constituição de 1988 – mas também com a *prevenção* de tais violações, que, como já anteriormente constatado, deve ser o objetivo a ser perseguido por qualquer legislação antitruste, tendo em

vista a necessidade de maximização do bem-estar social com o menor dispêndio possível de recursos.

Ademais, a Lei n.º 8.884/94 tinha por objetivo dotar o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) de maior autonomia e independência política, o que ensejou a sua transformação em autarquia federal¹⁰⁶ e o enrijecimento os requisitos para perda de mandato dos conselheiros¹⁰⁷.

Posteriormente, sobreveio a Lei nº 12.529/2011, que buscou instituir e sistematizar o que denominou de “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência”, além de promover modificações na disciplina do controle de atos de concentração e de combate a infrações, visando à correção de imperfeições técnicas e adoção de estruturas e instrumentos mais eficientes.

Talvez a maior inovação desse Diploma tenha sido a reformulação da estrutura institucional de defesa da concorrência, com extinção da antiga Secretaria de Direito Econômico (SDE) – órgão vinculado ao Ministério da Justiça ao qual, dentre outras atribuições, competia investigar a prática de infrações à ordem econômica e instaurar os respectivos processos administrativos para apuração e repressão – e transferência suas funções a órgãos internos do CADE.

Assim, atualmente, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência gravita em torno do CADE, composto pelo Tribunal Administrativo, “*órgão judicante*”¹⁰⁸ competente para decidir os processos administrativos relativos às infrações à ordem econômica e ao controle de atos de concentração, pela Superintendência-Geral, herdeira da maioria das atribuições da extinta SDE, e pelo Departamento de Estudos Econômicos, órgão de assessoria técnica.

¹⁰⁶ Os benefícios dessa transformação há muito já eram constatados, com precisão, por Amanda Flávio de Oliveira (2002, p.34): “*A análise dos últimos anos de atuação do CADE permite observar que, de fato, a transformação de sua natureza jurídica foi responsável por conceder-lhe a força e independência de que necessitava. O aumento significativo do número de processos julgados a cada ano, a repercussão desse julgamentos na mídia e no próprio contexto do mercado, atingindo tanto o cotidiano de cidadãos comuns quanto as políticas econômicas empresariais, demonstram isso claramente.*”

¹⁰⁷ Registre-se que, como há muito destacado por Maria Isabel Vianna Vaz (2001, p. 313), é importante que essas mudanças institucionais sejam acompanhadas pelo fortalecimento da instituição “*em termos de recursos humanos e materiais, que lhe permitam dispor de um quadro de carreira, composto de profissionais das áreas jurídica e econômica [...]*”.

¹⁰⁸ Expressão empregada no texto do Artigo 6º da Lei nº 12.529/2011.

Quanto ao programa de leniência, foi introduzido, ainda na vigência da Lei n.º 8.884/94, pela Medida Provisória nº 2.055/2000 – posteriormente convertida na Lei nº 10.149/2000 – e mantido, com algumas modificações, na atual Lei de Defesa da Concorrência, que buscou modernizá-lo, mantendo, todavia, algumas falhas, como se analisará, detalhadamente, a seguir.

4.2. Estudo comparado do Programa Brasileiro de Leniência

A análise de eficiência do Programa Brasileiro de Leniência, bem como a formulação de proposições para sua melhoria, passa, necessariamente, pelo estudo comparado¹⁰⁹, sobretudo porque, como é comum em nosso país, a modelação do instituto foi inspirada em experiências estrangeiras

Mais especificamente, a configuração da leniência concorrencial, entre nós, representa uma mistura de elementos importados dos programas dos Estados Unidos e da União Europeia, como registrou Russel Pittman:

The new Brazilian Leniency program is in fact somewhere in between the US and EU programs (though it was explicitly modeled on the US program). The program provides full immunity -- from both imprisonment and criminal fines -- to the first violators to confess to the government if no investigation has begun. However, even if an investigation has begun, immunity from personal imprisonment is still guaranteed; criminal fines may be reduced even if they are not eliminated. (PITTMAN, 2001. p. 103)

Justamente por isso, o Programa Brasileiro de Leniência já nasceu ultrapassado em alguns pontos, uma vez que se baseou em modelos que se encontravam em processo de adaptação e melhoria, como bem constatado por João Bosco Leopoldino da Fonseca:

A lei brasileira baseou-se no modelo norte-americano de 1993 e no europeu de 1996, sendo que este já estava em fase de remodelação,

¹⁰⁹ Pondera Paolo Zupo Mazzucato (2004, p. 55) que a utilização de “fontes de direito comparado, no que tange ao Direito Econômico da Concorrência, ao invés de uma simples curiosidade, é uma necessidade, dado o caráter jovem e incipiente dessa disciplina jurídica no Brasil.”

o que veio a ocorrer em 2002 (...). Enquanto americanos e europeus se debruçavam sobre os textos já adotados para introduzir avanços e melhorias, que ocorreram em 2004 e 2002 respectivamente para os modelos americano e europeu, o legislador brasileiro copiou um modelo que já se sentia ultrapassado. (FONSECA, 2008, p. 75)

Por outro lado, também é importante levar em conta as modificações promovidas na configuração legal do programa brasileiro de leniência desde a sua introdução, destinadas a adequá-lo à realidade do país, que, apesar de poucas e pontuais, podem ter grande relevância na análise de sua eficiência¹¹⁰.

Diante dessas considerações, far-se-á, a seguir, um estudo sistematizado das principais características do Programa Brasileiro de Leniência, relativas à sua configuração legal e a seus resultados, em comparação com experiências já mais bem consolidadas de utilização desse mecanismo em outras jurisdições, bem como tendo em vista as alterações sofridas desde a sua criação.

4.2.1. Competência

A competência para celebração de acordos de leniência em matéria de infrações contra a ordem econômica é atualmente conferida, pelo artigo 86 da Lei n.º 12.529/2011, ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por meio de um de seus órgãos, qual seja, a Superintendência-Geral.

Trata-se de importante avanço em relação à disciplina dada pela Lei n.º 8.884/94, que previa a competência da União, por intermédio da – agora extinta – Secretaria de Direito Econômico, vinculada ao Ministério da Justiça, que era incumbida do policiamento e investigação de infrações.

Com a nova regra, foram sanadas incertezas sobre a competência para conceder os benefícios da leniência, decorrentes, sobretudo, da redação do §4.º do

¹¹⁰ Sobre a relevância do estudo das modificações introduzidas em legislações antitruste inicialmente copiadas de outras jurisdições: “*The problem of adopting laws that are not tailored to address local needs is that often these laws are nothing but ink on paper. Theories on legal transplant abundantly show that copy-and-pasting laws leads to inefficiency of these laws and prove their uselessness. With this in mind, it is intriguing to see what the developing countries do with their antitrust laws after they adopt them, regardless of the reasons behind adopting these laws and the format that inspired their drafting.*” (WAKED, 2010, p. 3)

artigo 35-B da Lei n.º 8.884/94, que estabelecia que a “*celebração do acordo de leniência não se sujeita à aprovação do CADE*”, competindo àquela autarquia apenas conceder os benefícios prometidos.

Houve quem afirmasse que aquele Diploma legal delegava à Secretaria de Direito Econômico a atribuição de conceder a leniência, mediante celebração do acordo, incumbindo ao CADE tão somente a tarefa de homologar o referido ato por ocasião do julgamento do processo, deliberando apenas a respeito do *quantum* das penalidades aplicáveis aos envolvidos. Outra corrente defendia – em posição, a nosso ver, mais acertada – que o Plenário do CADE, órgão competente para julgar os processos administrativos envolvendo prática de infrações à ordem econômica, era o detentor do poder de conceder os benefícios da leniência, uma vez que não poderia ter o exercício de sua atividade judicante restrito pela atuação do órgão de investigação (MAZZUCATO, 2004, pp. 131-133).

Na sistemática introduzida pela Lei n.º 12.529/2011, não há dúvidas de que é o CADE o titular do poder de conceder a leniência, uma vez que a celebração do acordo, a verificação do seu cumprimento e a consequente redução/exclusão das sanções para o delator são atos de incumbência de dois de seus órgãos internos, a saber, a Superintendência-Geral e o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica.

Acrescente-se que, enquanto o antigo Secretário de Direito Econômico – a quem incumbia, em última análise, a celebração dos acordos – era cargo de livre nomeação pelo Presidente da República e demissível a qualquer tempo, o Superintendente-Geral é nomeado mediante aprovação do Senado Federal, para exercício de mandato de 2 (dois) anos – com possibilidade de recondução única – e possui garantias, prerrogativas e vedações idênticas às dos conselheiros do Tribunal Administrativo do CADE.

Uma das maiores críticas sofridas pelo Programa Brasileiro de Leniência por ocasião de sua gênese, inclusive, foi a frustrada tentativa de equiparação entre a extinta Secretaria de Direito Econômico e a Divisão Antitruste do *Department of Justice* norte-americano, órgãos que apresentavam características estruturais em muito divergentes¹¹¹.

¹¹¹ As objeções foram sintetizadas por Pedro Dutra, em Workshop sobre a Medida Provisória n.º 2.055/2000, organizado pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Exterior – IBRAC (2000, pp. 46-47): “E, desde já, deve-se ter em mente [...] que a comparação, e menos ainda a identificação, entre a Secretaria de Direito Econômico, do Ministério

Atualmente, há uma maior garantia de isenção e de imparcialidade por parte do chefe do órgão competente para firmar os acordos de leniência – que está submetido, em tese, menores pressões políticas – o que proporciona maior segurança para os potenciais interessados na utilização desse mecanismo.

Seria interessante, todavia, para dotar os mecanismos de defesa da concorrência de maior segurança e transparência, o fortalecimento, entre nós, das garantias dos cargos dotados de atribuições de investigação, persecução, instrução processual e julgamento de infrações contra a ordem econômica que, ainda hoje, estão sujeitos – mesmo que em menor escala do que no passado – à perda de isenção em virtude dos critérios de indicação e cassação eminentemente políticos.

4.2.2. Beneficiários

Nos termos do art. 86 da Lei nº 12.529/2011, podem ser beneficiários do programa de leniência quaisquer as pessoas físicas ou jurídicas envolvidas em infrações à ordem econômica, desde que cumpram os requisitos a tanto exigidos.

Em que pese o programa de leniência ter como foco principal as empresas – que são, em última análise, as verdadeiras autoras das práticas ilícitas no campo concorrencial – também se permite a celebração de acordos, de forma individual, pelos administradores e funcionários envolvidos na transgressão, caso em que os benefícios se restringem à pessoa física signatária.

Nesse ponto, não há qualquer novidade em relação à disciplina dada pelo artigo 35-B da Lei nº 8.884/94. Também não há diferenças significativas em relação aos programas norte-americano e europeu, uma vez que ambos também permitem a celebração de acordos com pessoas físicas e jurídicas.

No caso das pessoas jurídicas, há, nos Estados Unidos e na União Europeia, exigência de que o pedido de leniência se constitua como um ato ou declaração de caráter corporativo (*corporate act/statement*), que envolva a

da Justiça, e a Divisão Antitruste, do Departamento de Justiça norte-americano, é de uma impropriedade absoluta. O chefe da Divisão Antitruste é indicado para o cargo pelo presidente da república, sabatinado e aprovado pelo Senado, e o seu cargo tem atribuições e prerrogativas que guardam semelhança, no sistema jurídico brasileiro, àquelas em Lei outorgadas aos membros do Ministério Público. Então, o cargo de Secretário de Direito Econômico não guarda relação alguma com o de chefe da Divisão Antitruste, do Departamento de Justiça norte-americano.”

instituição como um todo, e não apenas confissões isoladas de seus executivos ou funcionários. No Brasil, essa condição se encontra implícita, uma vez que os benefícios da leniência somente são obtidos mediante cooperação plena e integral da corporação com as autoridades, o que, por óbvio, inclui a participação de todos aqueles que, agindo em seu nome, participaram da transgressão.

Ademais, a leniência obtida por pessoa jurídica pode ser estendida às demais empresas do mesmo grupo econômico e às pessoas físicas – dirigentes, administradores e empregados – envolvidas na transgressão, desde que firmem o acordo em conjunto, conforme dispõe o art. 86. §6.º, da Lei n.º 12.529/2011.

Previsão semelhante era encontrada no art. 35-B, §6.º, da Lei n.º 8.884/94, que, todavia, somente fazia menção a dirigentes e administradores, o que gerava dúvidas – completamente sanadas com a nova legislação – sobre a possibilidade de inclusão de funcionários sem poder de gerência.

Ainda permanece, todavia, outra incerteza, que diz respeito à possibilidade de extensão dos benefícios da leniência obtida pela pessoa jurídica aos ex-funcionários que, de alguma forma, participaram na infração. Apesar de não haver menção expressa no texto da lei, não se vislumbra qualquer justificativa para a exclusão. Essa questão, aliás, foi enfrentada nos Estados Unidos, onde se tem entendido que, apesar de não ser obrigatória – por não haver comando normativo nesse sentido – a inclusão de ex-funcionários nos acordos de leniência é permitida e recomendável (MAZZUCATO, 2004, pp. 62-63).

De forma a sanar a lacuna, o atual regimento interno do CADE prevê, em seu artigo 198, §1.º, ser possível a extensão dos efeitos do acordo de leniência celebrado por pessoa jurídica a seus ex-funcionários. Ressalte-se, por relevante, que não se trata de extrapolação dos limites da lei, uma vez que, como já dito, a melhor interpretação do texto legal é aquela que não afasta essa possibilidade.

Por outro lado, o §1.º do art. 35-B Lei n.º 8.884/94 excluía, dos potenciais beneficiários da leniência, os agentes – pessoas físicas ou jurídicas – que tivessem figurado *“à frente da conduta tida como infracionária”*.

Tratava-se de previsão evidentemente inspirada na tradicional exigência, imposta nos Estados Unidos, de que o aplicante à leniência não tivesse sido o líder

ou principal mentor da atividade ilícita, nem tivesse coagido outros agente a tomarem parte na conspiração¹¹².

A importação dessa regra, todavia, foi feita de forma evidentemente distorcida, sem atenção às peculiaridades do ordenamento jurídico de origem, fundado em uma tradição de maior flexibilidade na interpretação e aplicação, pelo administrador, dos comandos legais.

Nos Estados Unidos, essa vedação é afastada sempre que não seja possível apontar, de forma nítida, quem foi o líder da transgressão, como em casos de cartéis formados por apenas dois membros (em que se admite a celebração de acordos com ambos) ou quando evidentemente há mais de um agente detentor de posição de liderança. Além disso, também se autoriza a obtenção de benefícios reduzidos pelo mentor da infração (MAZZUCATO, 2004, pp. 111/112).

Também não se levou em conta, de outro lado, os problemas de ordem prática já enfrentados naquele país, decorrentes da dificuldade de definição e identificação de que tipo de conduta configure posição de liderança apta a impedir a celebração de acordo de leniência.^{113 114}

A expressão genérica utilizada pela lei brasileira suscitou dúvidas quanto ao âmbito de aplicação dessa regra¹¹⁵, que foi regulamentada – sem grande

¹¹² “Leniency will be granted to a corporation reporting illegal activity before an investigation has begun, if the following six conditions are met: [...] 6. The corporation did not coerce another party to participate in the illegal activity and clearly was not the leader in, or originator of, the activity.”

¹¹³ Segundo Bos e Wandschneider (2011, p. 18), os cartéis, na maioria das vezes, tendem a ter mais líder – normalmente, os membros com maior poder de mercado – sendo que o papel da liderança varia de caso a caso.

¹¹⁴ Essas dificuldades práticas, inclusive, foram reconhecidas pela extinta Secretaria de Direito Econômico em publicação intitulada *Combate a Cartéis e Programa de Leniência* (2009, p. 29): “A SDE reconhece que, em muitos cartéis, não é possível identificar um líder. O mero fato de uma empresa ter agendado uma reunião ou mantido arquivos do cartel não necessariamente a desabilita como potencial beneficiária do Acordo de Leniência. Além disso, não haverá um líder do cartel se duas ou mais partes desempenharam papéis equivalentes no funcionamento da prática, nenhuma tendo se sobressaído em sua organização. Por fim, o fato de uma empresa ser a líder de mercado não significa, necessariamente, que seja a líder do cartel.”

¹¹⁵ Confira-se, a respeito, os questionamentos levantados por Paula Forgioni: “O que é ‘estar à frente de uma conduta tida como infracionária’? Se, para celebrar o acordo, o agente econômico tem, necessariamente, que ser o autor da prática, como está no art. 35-B, o que quer dizer ‘estar à frente’? Confesso que não consigo entender.” (IBRAC, 2000, p. 65)

sucesso na elucidação de seu conteúdo – pela Portaria n.º 849/2000, do Ministério da Justiça, que estabelecia, de forma igualmente indeterminada, que o agente não poderia ter promovido ou organizado a cooperação destinada à prática ilícita, dirigido a atividade dos demais coautores, ou ainda coagido alguém a cometê-la.

Acrescente-se, ainda, que a literatura especializada tem apontado que o impedimento de obtenção de leniência pelo líder pode acabar gerando o efeito perverso de aumentar a estabilidade dos acordos colusivos, seja por amenizar a desconfiança entre seus membros – já que o mais importante deles, sabidamente não tem justificativa racional para revelar a conduta – ou por reduzir o estímulo à delação, em virtude da incerteza sobre que tipo de conduta será considerada como caracterizadora de posição de liderança (SPAGNOLO, 2008, p. 268).

Diante desse cenário, a Comissão Europeia, que, inicialmente, adotava, em seu programa de leniência, uma posição semelhante à norte-americana em relação à exclusão dos líderes, passou a permitir, após a reforma de 2002, que eles obtenham leniência com exclusão das penalidades aplicáveis, desde que não tenham coagido concorrentes a se juntarem ou permanecerem no cartel. Mesmo nesse último caso, é possível a celebração de acordo, mas apenas com redução das multas aplicáveis¹¹⁶.

Seguindo esse exemplo, a Lei n.º 12.529/2011, em boa hora, deixou de prever a impossibilidade de celebração de acordo de leniência pelo agente considerado líder da transgressão.

4.2.3. Requisitos

Sem promover alterações na disciplina original da Lei n.º 8.884/94, estabelece o artigo 86, *caput* e §1.º, da Lei n.º 12.529/2011, quatro requisitos cumulativos para que seja possível a concessão dos benefícios da leniência.

Em primeiro lugar, o proponente deve ser o primeiro a se qualificar para a celebração de acordo com relação à infração noticiada ou sob investigação. Importante notar que não se trata do primeiro a se inscrever, mas, como bem

¹¹⁶ Art. 13 da Comissão Notice n. 2006/C 298/11, assim redigido: “*An undertaking which took steps to coerce other undertakings to join the cartel or to remain in it is not eligible for immunity from fines. It may still qualify for a reduction of fines if it fulfils the relevant requirements and meets all the conditions therefor.*”

destaca Mazzucato (2004, p. 113), do primeiro a ser considerado apto para firmar o acordo, uma vez que há a possibilidade de rejeição da proposta, em virtude do não cumprimento de algum dos requisitos legais.

A mesma exigência é feita nos Estados Unidos, seja para a leniência tipo “A”, que depende da apresentação da proposta em momento no qual as autoridades antitruste não tenham recebido *qualquer* informação, de *qualquer* outra fonte, sobre a infração, ou para a tipo “B”, na qual apenas se impõe que o agente seja o primeiro a se qualificar para participar do programa.

Já no programa da União Europeia, a leniência não é restrita ao primeiro agente que revelar informações sobre a infração. Apesar de somente este poder ser beneficiado com a exclusão integral das sanções, os demais participantes também podem celebrar acordos para obter reduções das multas aplicáveis, em patamares que variam de acordo com a ordem de apresentação das propostas.

A restrição da leniência a um único participante na infração, como já visto ¹¹⁷, é essencial para maximizar as perdas esperadas pelos demais, e, conseqüentemente, fazer com que o instituto promova a prevenção de condutas colusivas. A concessão de benefícios escalonados a múltiplos agentes, como ocorre no direito comunitário europeu, ainda que facilite a detecção e punição dos cartéis já existentes, dificilmente será mais eficiente na diminuição da formação de novos, podendo, inclusive, representar um incentivo à colusão.

Ressalte-se, todavia, que, entre nós, o requisito em referência é dispensado no caso de pessoas físicas (artigo 86, §2.º, da Lei n.º 12.529/11), que podem, portanto, se beneficiar da leniência mesmo após já celebrado acordo com outro agente. Não se vislumbra justificativa para essa exceção, que parece ir na contramão dos interesses da política de defesa da concorrência, uma vez que pode, em tese, permitir a obtenção dos benefícios da leniência por diretores, executivos e funcionários de empresas que não delataram a infração.

Em segundo lugar, impõe-se que o aplicante cesse completamente a sua participação na infração a partir do momento em que apresentada a proposta, requisito também exigido pelos programas norte-americano e europeu.

Ressalte-se, todavia, que, na Europa, há previsão expressa da possibilidade de se exigir que o signatário de acordo de leniência continue a praticar

¹¹⁷ Cf. Capítulo III, item 3.4, *supra*.

determinadas condutas que se mostrem “razoavelmente necessárias para preservar a integridade das investigações”¹¹⁸. Da mesma forma, nos Estados Unidos também tem sido permitida a continuidade de participação no ilícito, mediante aprovação e controle das autoridades antitruste, como forma de possibilitar a obtenção de informações e provas relevantes¹¹⁹.

No Brasil, apesar de inexistir qualquer previsão legal nesse sentido, o CADE tem admitido, em suas publicações oficiais, essa possibilidade:

Ao celebrar o Acordo de Leniência, a SDE exige do candidato que cesse imediatamente todo o seu envolvimento no cartel. Em circunstâncias apropriadas, a SDE poderá requerer que o candidato aja de uma forma que não permita a identificação da ciência da SDE sobre o cartel pelos outros envolvidos. Isso pode dar à SDE a oportunidade de obter provas importantes contra outros participantes do cartel em uma operação de busca e apreensão de documentos, por exemplo. (BRASIL, 2009, p. 31)

Trata-se, todavia, de posicionamento perigoso, uma vez que, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, entre nós, a atuação da autoridade antitruste – que exerce função tipicamente administrativa – está submetida ao princípio da estrita legalidade, não sendo possível o afastamento de prescrições legais por razões de conveniência ou oportunidade.

Nessas circunstâncias, é possível vislumbrar situação – extremamente prejudicial à Política de Defesa da Concorrência – na qual o signatário de acordo de leniência que, por orientação do CADE, deixe de cessar imediatamente a sua

¹¹⁸Art. 12, item “b” da Commission Notice n. 2006/C 298/11, assim redigido: “(12) *In addition to the conditions set out in points (8)(a), (9) and (10) or in points (8)(b) and 11, all the following conditions must be met in any case to qualify for any immunity from a fine: [...] “The undertaking ended its involvement in the alleged cartel immediately following its application, except for what would, in the Commission’s view, be reasonably necessary to preserve the integrity of the inspections;”*

¹¹⁹Diante da liberdade de atuação concedida, naquele país, à autoridade antitruste, ela pode considerar como cumprido o requisito relativo à cessação da prática ilícita quando, por sua autorização, a participação no cartel tenha continuidade: “*Termination can also be effectuated by reporting the illegal activity to the Division and refraining from further participation unless continued participation is with Division approval.*” (SPRATLING, 1999, p. 11)

participação no ilícito, seja posteriormente surpreendido por decisão judicial¹²⁰ que, anulando o ato administrativo de celebração do ajuste, afaste os benefícios prometidos, em razão do descumprimento do preceito legal em referência.

Em terceiro lugar, é requisito para a celebração de acordo de leniência a inexistência, em poder da Superintendência-Geral, no momento da proposta, de provas suficientes para assegurar a condenação do candidato.

Observe-se que não se exige a ausência de qualquer informação ou prova sobre a transgressão, e nem mesmo a inexistência de investigações já em curso, mas, tão-somente, a falta de elementos que possam levar à condenação.

No programa norte-americano, essa exigência também é feita no caso da leniência “Tipo B”, ou seja, quando a proposta de acordo é apresentada após já terem sido recebidas, pela autoridade antitruste, informações de outra fonte sobre a conduta noticiada, ainda que não exista investigação formal instaurada.

Por fim, em quarto lugar, é exigida, do proponente, a confissão da participação no ilícito, bem como a cooperação plena, permanente e efetiva com as investigações e o processo administrativo (inclusive com comparecimento a todos os atos processuais), de que resulte a identificação dos demais envolvidos e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração.

Nesse ponto, o tratamento dado pelo programa brasileiro de leniência parece ser mais rigoroso do que o de seus congêneres. Tanto nos Estados Unidos

¹²⁰ Não restam dúvidas de que as decisões do CADE, por terem natureza de atos administrativos, são passíveis de revisão pelo Poder Judiciário, em virtude da adoção, pelo ordenamento brasileiro, do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (ou, para alguns, unicidade de jurisdição), garantia fundamental prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição da República. Apenas há, na doutrina, dissenso quanto à extensão desse reexame. Os defensores da denominada “Jurisdição Contida”, encabeçados por Maria Isabel Vianna Vaz (2001), entendem ser impossível a intervenção do Judiciário em matérias sobre as quais há discricionariedade na busca da solução que melhor se adapte aos objetivos da política econômica, e, se estas não representarem ofensa a princípios constitucionais, o controle judicial, deve se limitar ao exame de legalidade dos atos praticados por aquela autarquia, com enfoque formalístico. De outro lado, os adeptos da corrente teórica denominada “Jurisdição Plena” – à qual se filiam, por exemplo, Amanda Flávio de Oliveira (2002) e Paula A. Forgioni (2005) – entendem ser possível, ao Judiciário, o exame do mérito do ato administrativo, uma vez que, apesar de haver, na legislação antitruste, conceitos indeterminados, não há discricionariedade na sua aplicação aos casos concretos.

quanto na União Europeia, apenas é imposta a colaboração eficaz com as investigações, sem exigências específicas sobre os seus resultados.

Para Mazzucato (2004, p. 114), as exigências de identificação dos coautores e de obtenção de informações e documentos que comprovem a infração representam não requisitos para celebração do acordo, mas sim *“resultados condicionantes”* à concessão dos benefícios prometidos pelo programa, uma vez que *“somente após a condenação do cartel pelo CADE é que será tecnicamente possível afirmar em comprovação da infração, não podendo isso, conseqüentemente, ser requisito para o acordo.”*

Pensamos, todavia, de maneira diversa. A lei não exige, para a concessão dos benefícios da leniência, a condenação dos membros do cartel, mas tão somente a identificação de seus membros e a produção de elementos probatórios aptos a comprovar a conduta colusiva.

Pode a Superintendência-Geral do CADE, de antemão, vislumbrar a capacidade do proponente de cumprir essas exigências. Trata-se, inclusive, de uma das funções da fase de negociação da proposta, em que o candidato deve revelar o conteúdo das informações e documentos que tem em sua posse, e, ainda, esclarecer quais outros elementos de prova poderá obter.

Somente se demonstrada a efetiva capacidade de promover a identificação dos demais participantes – que, diga-se, deve constar da proposta – e a comprovação da infração, é que será possível a celebração do acordo. Justamente por isso, o artigo 86, §3º, da Lei n. 12.529/2011 delegou, à Superintendência-Geral do CADE, a função de estipular, no termo do acordo, *“as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo”*.

Dessa forma, a obrigação do signatário de acordo de leniência não é promover a investigação e persecução dos demais membros cartel – que representa atribuição da Superintendência-Geral, nos termos do artigo 13, incisos II a VIII, da Lei n. 12.529/2011 – mas tão somente fornecer todas as informações e provas prometidas na fase de negociação e na proposta, bem como cumprir com os deveres acessórios estipulados no acordo.

Cumprido integralmente o avençado, impõe-se a concessão dos benefícios da leniência, mesmo se o Tribunal Administrativo do CADE entender pela inexistência de provas da infração, ou deixar de condenar, por esse motivo, algum de seus participantes. Não há, nesse caso, perda de objeto do acordo, uma vez que

seus efeitos abrangem, também, a punibilidade no campo criminal, que não é extinta pela simples absolvição na esfera administrativa.

Pode-se acrescentar, ainda, um quinto requisito, estabelecido pelo §12 da Lei n.º 12.529/2011 (que não encontra correspondente na Lei n.º 8.884/1994, nem nos congêneres norte-americano e europeu), relativo à inexistência de outro acordo de leniência julgado descumprido pelo candidato nos três anos anteriores.

Nos Estados Unidos, exige-se, também, que o delator promova, “*quando possível*”, a indenização dos prejuízos causados a terceiros. Em que pese ser destinada a garantir reparação mínima para as vítimas da conduta do beneficiário da leniência, a aplicação dessa regra apresenta evidentes dificuldades práticas.

Além da inexistência de definição clara das situações nas quais se pode considerar afastada essa obrigação por impossibilidade de fazê-lo (MAZZUCATO, 2004, p. 57), também se pode vislumbrar problemas na definição de quem sejam as vítimas, bem como da extensão dos danos por elas sofridos.

4.2.4. Benefícios

O Programa Brasileiro de Leniência oferece, aos infratores, benefícios em duas esferas distintas.

Em âmbito administrativo, promete-se a extinção da ação punitiva da administração pública em relação à infração contra a ordem econômica cometida pelo agente – leia-se, imunidade em relação às sanções previstas na Lei de Defesa da Concorrência – caso a proposta de acordo seja apresentada à Superintendência-Geral “*sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada*” (art. 86, §4.º, inciso I, da Lei n.º 12.529/2011).

Se, todavia, a celebração de acordo de leniência decorrer de proposta apresentada quando já existir “*conhecimento prévio*” sobre a transgressão por parte da Superintendência-Geral, o proponente apenas pode obter a redução das penalidades aplicáveis, em patamar variável entre um e dois terços (art. 86, §4.º, inciso II, da Lei n.º 12.529/2011).

Nesse caso, a decisão sobre o montante de redução deve ser feita com base nos critérios gerais de dosimetria das penas, previstos no artigo 45 da Lei n.º

12.529/2011, bem como levando em conta a efetividade da colaboração prestada pelo agente e a sua boa-fé no cumprimento do acordo¹²¹.

A indeterminação do que possa ser considerado como “*conhecimento prévio*” da infração pode representar um fator de insegurança para os potenciais interessados na celebração de acordos de leniência. O ideal seria a utilização de um critério objetivo, como, por exemplo, um momento processual determinado, nos termos do proposto por Mazzucato (2004, p. 134):

Melhor seria se a norma brasileira tivesse optado por um determinado momento processual (ou definido o conteúdo da expressão), delimitando-o como a etapa de averiguações preliminares ou a instauração de processo administrativo, já que previstos em lei. Preferencialmente, deveria ter sido indicada esta última, posto que representa o instante em que, formalmente, há acusação do Estado contra agentes econômicos.

É óbvio, todavia, que não a lei não trata de simples ciência subjetiva dos agentes encarregados da defesa da concorrência sobre a infração noticiada pelo proponente, mas sim de um conhecimento externalizado por meio de ato formal do órgão competente (Superintendência-Geral do CADE), a tanto destinado.

Não por outro motivo, estabelece o artigo 206 do Regimento Interno do CADE que há conhecimento prévio da infração noticiada quando, no momento da proposta, estiver em curso, na Superintendência-Geral, qualquer dos tipos processuais previstos na Lei n.º 12.529/2011, quais sejam, procedimento preparatório de inquérito, inquérito para apuração de infrações à ordem econômica ou processo administrativo para imposição de sanções administrativas (art. 48).

O tratamento conferido pela Lei brasileira, neste ponto, em muito se assemelha ao adotado na União Europeia, onde também é possível a exclusão ou redução das multas em que incidiria o signatário de acordo de leniência, a depender

¹²¹ Importante registrar o disposto no §5.º da Lei n.º 12.529, segundo o qual a pena base sobre a qual será aplicada a redução decorrente de acordo de leniência não pode ser superior às fixadas para os demais autores da infração. Trata-se de regra importante para garantir que o delator obtenha, de fato, tratamento mais benéfico do que os demais.

da existência ou não, no momento em que apresentada a proposta, de informações sobre a infração noticiada em posse da autoridade antitruste.

Nos Estados Unidos, por outro lado, somente é possível a concessão, ao delator, de imunidade total em relação às penalidades aplicáveis¹²². Também há, todavia, tratamentos diferenciados a depender do momento de apresentação da proposta. A leniência “Tipo A” é aplicável nos casos em que o relato é feito antes da instauração de investigação sobre a conduta pela autoridade antitruste. Já a leniência “Tipo B” é residual, podendo ser concedida a qualquer momento ao agente que não cumprir os requisitos da primeira.

A grande diferença entre esses dois tipos de leniência não é a extensão dos benefícios, como ocorre na União Europeia e no Brasil, mas sim a forma pela qual são concedidos. No “Tipo A”, a imunidade é automática, dependendo tão somente do cumprimento dos requisitos pré-estabelecidos. No “Tipo B”, a exclusão das penalidades depende de decisão discricionária da autoridade antitruste, que, mesmo satisfeitas todas as exigências, pode negar a imunidade se considerar que, em virtude da natureza da conduta, do papel do delator, e do momento em que revelada a infração, representaria injustiça para os demais participantes¹²³.

No campo penal, o Programa Brasileiro de Leniência, seguindo a linha de seu congêneres norte-americanos, oferece imunidade em relação às sanções criminais aplicáveis aos indivíduos envolvidos na conduta. Na União Europeia, não há essa previsão, uma vez que seus órgãos não detêm jurisdição sobre indivíduos.

Como já visto¹²⁴, a ameaça de privação de liberdade é um fator de grande relevância na escolha pela colusão, e, por consequência, a oferta de afastamento dessas sanções representa um grande incentivo à delação. A inexistência desse risco no âmbito do direito comunitário europeu, inclusive, tem sido vista como a principal causa de limitação dos resultados pelo programa de leniência lá instituído:

¹²² Por essa razão, os termos anistia (*amnesty*) e imunidade (*immunity*), naquele país, é comumente utilizado como sinônimo de leniência (*leniency*). Sobre a questão, cf. Capítulo I, item 1.1, *supra*.

¹²³ No original: “*The Division determines that granting leniency would not be unfair to others, considering the nature of the illegal activity, the confessing corporation's role in it, and when the corporation comes forward.*”

¹²⁴ Cf. Capítulo II, item 2.4.2 e Capítulo III, item 3.4, *supra*.

However, one fundamental difference between cartel prosecution in Europe and in the U.S. exist that may cause a more benign view of the U.S. leniency program. Cartelization in the U.S. is a criminal offense for which individuals can be subject to severe prison sentences, and amnesty can extend to these criminal individual charges. For the similar conduct in Europe, managers do not face this threat. (BRENNER, 2009, p. 644)

Entre nós, estabelece o artigo 87, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 12.529/11, que o proponente que cumprir integralmente o acordo obtém a extinção da punibilidade relativa aos crimes contra a ordem econômica (tipificados na Lei n.º 8.137/90) e nos “*demais crimes diretamente relacionados à prática do cartel*”.

Ademais, dispõe que, entre a celebração do acordo e o julgamento final pelo CADE, fica impedido o oferecimento de denúncia em relação ao signatário, bem como suspenso o prazo prescricional.

Nesse ponto, a atual Lei de Defesa da Concorrência representou avanço – ainda que tímido – em relação à sua antecessora, que se limitava a prever a extinção da punibilidade quanto aos crimes contra a ordem econômica tipificados na Lei n.º 8.137/90, gerando dúvidas sobre os efeitos da leniência em relação aos demais crimes ligados à colusão.

Entretanto, a previsão de imunidade em relação a “*crimes diretamente relacionados à prática do cartel*”, por seu conteúdo genérico e abstrato, também não serviu para sanar completamente a insegurança nesse ponto, pois a definição do que seja uma infração diretamente relacionada à colusão dependerá da análise de situações concretas. A Lei 12.529/2011 apenas faz referência expressa, com intuito meramente exemplificativo, aos crimes previstos na Lei n.º 8.666/93 (Lei de Licitações Públicas) e no artigo 288 do Código Penal (antiga figura típica da “quadrilha ou bando”, atualmente intitulada “associação criminosa”).

Ademais, não foi sanado o principal problema que, desde a criação do Programa Brasileiro de Leniência, vem gerando forte insegurança para os eventuais interessados em sua utilização.

Tratando-se de crimes de ação penal pública, a função persecutória foi delegada, pela Constituição da República, exclusivamente ao Ministério Público (art. 129, I). Por outro lado, diante do princípio constitucional da inafastabilidade da

jurisdição (art. 5.º, XXXV), é do Poder Judiciário a competência para declarar extinta a punibilidade de um agente pela prática de infração penal.

Diante desse arcabouço normativo, muito se questionou – e ainda se questiona – sobre a constitucionalidade da previsão de impedimento ao oferecimento de denúncia contra o signatário de acordo de leniência e de extinção da punibilidade após o cumprimento integral das obrigações previstas no ajuste, uma vez que tanto a celebração quanto a declaração de adimplemento das condições são atos de natureza administrativa, praticados pelo CADE (por meio de sua Superintendência-Geral e de seu Tribunal Administrativo, respectivamente).

Quanto à impossibilidade de ser o signatário de acordo de leniência acusado por prática de crime relacionado à infração noticiada até o julgamento final pelo CADE, argumentam os defensores da tese da inconstitucionalidade da norma em referência que não se pode, por mero ato administrativo, tolher o Ministério Público do exercício de sua atribuição de promover a ação penal pública.

Ocorre que, como bem salientado por Paolo Zupo Mazzucato (2004, p. 147), o artigo 129, I, da Constituição da República, ao delegar ao Ministério Público a atribuição para de promover, exclusivamente, a ação penal pública, estabelece de forma expressa que essa função deverá ser exercida na forma da lei.

Trata-se, assim, de norma constitucional de eficácia contida, que, portanto, pode ter os seus efeitos restringidos por lei (SILVA, 199, pp. 116/117). Não por outro motivo, o artigo 395 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n.º 3.689/41), com a redação dada pela Lei 11.719/2008¹²⁵, prevê que a denúncia deverá ser rejeitada pelo Juiz, dentre outras hipóteses, quando faltar condição para o exercício da ação penal.

E no caso do Programa de Leniência, não é o ato administrativo de celebração do acordo que impede o oferecimento de denúncia contra o agente, mas sim a previsão legal expressa – contida no artigo 35-C da revogada Lei n.º 8.884/94 e no artigo 87 da Lei n.º 12.529/2011 – de que a assinatura desse ajuste representa impedimento para o regular exercício da ação penal.

Em outras palavras, nos crimes relacionados com a prática de infrações contra a ordem econômica, a inexistência de celebração, pelo denunciado, acordo

¹²⁵ Antes da vigência da Lei 11.719/2008, a mesma regra era contida no artigo 43 do Código de Processo Penal.

de leniência junto ao CADE, representa *condição para o exercício da ação penal*, estabelecida por lei.

Não há, portanto, qualquer violação às atribuições constitucionais do Ministério Público¹²⁶, que continua sendo o titular da ação penal pública, podendo, inclusive, oferecer denúncia contra os participantes na infração que não são beneficiários da leniência.

De qualquer forma, as imprecisões contidas no texto original do artigo 35-C da Lei n.º 8.884/94, mantidas no artigo 87 da Lei n.º 12.529/2011, ao deixarem margem para a linha interpretativa – diga-se, precipitada – segundo a qual o Ministério Público não pode ser vinculado pela celebração de acordo de leniência, acaba por gerar forte insegurança para os eventuais interessados, que não têm certeza sobre os efeitos da delação no campo penal.

Confira-se, a respeito, as preocupações externadas por Maíra Beuchamp Salomi ao comentar o artigo 35-C da revogada Lei n.º 8.884/94:

Na linha do exposto anteriormente, referido dispositivo não transmite certeza alguma ou segurança com relação à consequência penal derivada do acordo ao candidato à leniência, na medida em que o instrumento é firmado na esfera administrativa, prevendo implicações diretas – e, em tese, automáticas – no âmbito judicial.

E como é cediço, as esferas administrativa e judiciária são claramente distintas, de modo que possuem competências diversas e, por conseguinte, finalidades, estruturação e regulamentação diferenciadas. Inclusive, é tese muito defendida e difundida a independência entre as instâncias administrativa e judiciária, mesmo quando a decisão de uma autoridade interfere diretamente na cognição da outra.

Em vista disso, a ausência de previsão da participação do titular da medida judiciária, isto é, da ação penal, durante a celebração do acordo de leniência apresenta demasiada insegurança jurídica para aquele que confessará toda a sua participação, assim como de todos os demais membros do cartel, em uma conduta delituosa, trazendo toda e qualquer prova que disponha para as autoridades. (SALOMI, 2012, pp. 195-196)

¹²⁶ No mesmo sentido, MAZZUCATO (2004, pp. 147-149) e FONSECA (2007, p. 8).

Por essa razão, a Superintendência-Geral do CADE tem buscado, na prática, obter a aquiescência de representante do Ministério Público em relação aos acordos de leniência, possibilitando-lhe, inclusive, participar das negociações prévias e sugerir exigências a serem impostas ao proponente.

A importância da participação, nos acordos, do órgão de execução com atribuição para a persecução penal da conduta, como forma de conferir segurança aos proponentes, foi expressamente reconhecida pelo CADE no guia oficial do Programa Brasileiro de Leniência¹²⁷:

Muito embora os artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011 não exijam expressamente a participação do Ministério Público para a celebração de Acordo de Leniência Antitruste, a experiência consolidada do Cade é no sentido de viabilizar a participação do Ministério Público, titular privativo da ação penal pública e detentor de atribuição criminal, tendo em vista as repercussões 18 criminais derivadas da leniência. Assim, o Ministério Público (Estadual e/ou Federal) pode participar da assinatura do acordo como agente interveniente, mesmo nos casos de carteis internacionais, a fim de conferir maior segurança jurídica aos signatários do Acordo de Leniência, além de facilitar a investigação criminal do cartel em face dos demais envolvidos [...]. (BRASIL, 2016d, pp. 17-18)

No mesmo sentido, o artigo 5.º da Resolução Conjunta PGR/CADE n. 01/2016, que regulamentou o exercício das funções do representante do Ministério Público Federal designado – nos termos do artigo 20 da Lei n.º 12.529/2011 – para atuar junto ao CADE, estabelece que ele “*terá ciência da celebração de acordo de leniência pela Superintendência-Geral do CADE, quando da instauração do respectivo inquérito administrativo não sigiloso ou processo administrativo*”, ou antes

¹²⁷ Sobre a intervenção do Ministério Público nos acordos de leniência firmados pelo CADE, comentam Calliari *et al.* (2015, p. 321): “*The objective to this is to address the concern raised by some scholars and practitioners with the alleged unconstitutionality of the provision that prevents the criminal prosecution of the leniency applicants as it would violate the full independence granted to the Public Prosecutors. By having them to jointly sign the leniency agreements can serve as a safeguard against such allegations and provide additional protection to the individuals.*”

disso, caso o ajuste seja publicizado, sempre de forma pessoal e reservada, ficando “*transferido o sigilo correspondente, sob pena de responsabilidade*”.

O mesmo ato normativo, aliás, reconhece expressamente, em seu preâmbulo, o propósito comum das duas instituições – MPF e CADE – de “*defender os valores da livre-iniciativa e da livre concorrência, a bem do interesse do consumidor*”, e fortalecer o sistema instituído pela Lei n.º 12.529/2011.

Em que pesem esses louváveis esforços, seria ideal, para sanar de vez o problema, uma reforma legislativa que estabelecesse a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público nos atos relacionados a acordos de leniência, bem como as condições dessa participação, como já ocorre em outros procedimentos administrativos de competência do CADE.

No que se refere, de outro lado, à regra de extinção da punibilidade mediante cumprimento integral das condições estabelecidas no acordo de leniência, também foi alvo de críticas, por supostamente representar violação à garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Essa tese, entretanto, decorre de interpretação equivocada do texto da Lei de Defesa da Concorrência. O artigo 87 da Lei n.º 12.529/2011 – ou seu antecessor, artigo 35-C da Lei n.º 8.884/94 – não retira, do Poder Judiciário a atribuição exclusiva para declarar extinção da punibilidade em âmbito criminal.

Esse Dispositivo apenas estabelece uma causa de extinção da punibilidade que, condicionada a um ato administrativo (de constatação, pelo Tribunal Administrativo do CADE, do cumprimento integral das condições previstas no acordo), depende, para produzir seus efeitos de forma definitiva, de declaração judicial de sua ocorrência, mediante verificação da presença dos requisitos legais.

Como bem destaca Paolo Zupo Mazzucato (2004, p. 146), existem, em nosso ordenamento jurídico, outras causas extintivas da punibilidade que dependem de ato do Poder Executivo (de forma isolada ou em conjunto com o Legislativo), quais sejam, a graça, o indulto e a anistia. Também nesses casos, a extinção das penas deve passar pelo crivo do Poder Judiciário, conforme se extrai dos artigos 738, 741 e 742, todos do Código de Processo Penal¹²⁸.

¹²⁸ Art. 738. Concedida a graça e junta aos autos cópia do decreto, o juiz declarará extinta a pena ou penas, ou ajustará a execução aos termos do decreto, no caso de redução ou comutação de pena.
[...]

Em outras palavras, ao Tribunal Administrativo do CADE apenas incumbe, no julgamento do processo administrativo, a verificação do cumprimento integral das condições previstas no acordo. Esse ato, apesar de indispensável à extinção da punibilidade em âmbito criminal, não é suficiente para tanto, uma vez que, caso provocado, o Poder Judiciário deverá sobre ele se manifestar, limitando-se, todavia, ao exame de sua legalidade.

Nesse ponto, uma reforma legislativa também poderia proporcionar maior segurança aos potenciais interessados na celebração de acordo, mediante emprego de linguagem mais clara e precisa na redação do artigo 87 da Lei n.º 12.529/2011, bem como da criação de uma disciplina específica (que poderia ser introduzida na própria Lei de Defesa da Concorrência ou no Código de Processo Penal) do procedimento judicial para declaração da extinção da punibilidade relativa aos crimes relacionados à infração noticiada pelo delator.

Ademais, a supressão das incertezas dependerá da consolidação de entendimentos jurisprudenciais adequados sobre o tema, baseados no efetivo estudo do instituto e de suas peculiaridades, e não em conclusões precipitadas.

É importante acrescentar, por fim, que nenhum programa de leniência de que se tem notícia oferece recompensas positivas¹²⁹ ¹³⁰, apesar de existirem diversos estudos – *v.g.* Aubert, *et al.* (2006); Apesteguia, *et al.* (2007) Wills (2007);

Art. 741. Se o réu for beneficiado por indulto, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, do Ministério Público ou por iniciativa do Conselho Penitenciário, providenciará de acordo com o disposto no art. 738.

Art. 742. Concedida a anistia após transitar em julgado a sentença condenatória, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, do Ministério Público ou por iniciativa do Conselho Penitenciário, declarará extinta a pena.

¹²⁹ Há quem entenda que a leniência *plus*, estudada no item 4.2.7 *infra*, é uma espécie de recompensa, por permitir a obtenção, pelo delator, de redução de penalidades aplicáveis a infração diferente daquela noticiada. Não se trata, todavia, de uma *recompensa positiva* para o agente, que apenas tem uma maior redução de riscos – decorrente da extensão do tratamento leniente para outra transgressão – mas não um ganho efetivo, como poderia ocorrer, por exemplo, nos casos de pagamento de prêmio em dinheiro ou concessão de incentivos fiscais.

¹³⁰ No ano de 2005, foi instituído, pela *Fair Trade Commission* da Coréia do Sul, um sistema de recompensas para quem informar e fornecer evidências sobre a ocorrência de infrações antitruste. Trata-se, todavia, de mecanismo diverso da leniência, uma vez que representa oferta de benefícios não para pessoas envolvidas na transgressão, mas para terceiros que, de alguma forma, dela tomem conhecimento (WILS, 2007, pp. 46-47).

Hamagushi *et al.* (2009); Vasconcellos e Ramos (2014) e Bigoni *et al.* (2012) – apontando no sentido de que, por maximizar as diferenças de resultados entre o delator e os demais participantes, essa ferramenta seria capaz de aumentar, em níveis exponenciais, a eficiência no combate aos cartéis.

Para implantação desse tipo de mecanismo, todavia, é necessário enfrentar problemas tanto de ordem prática – *v.g.* definição de quais seriam as benesses oferecidas e, em caso de pagamento em dinheiro, da fonte de recursos – quanto de cunho moral e político, uma vez que esse tipo de medida pode não encontrar grande aceitação social.

4.2.5. Efeitos no campo da responsabilidade civil

Além de atrair a aplicação de sanções nas esferas administrativa e criminal, a formação de cartel também pode configurar ilícito civil, uma vez que causa danos a fornecedores, competidores, consumidores, e entidades da administração pública.

Não por outro motivo, as ações privadas de indenização vêm sendo consideradas como uma importante ferramenta de combate à colusão – comumente denominada de *private enforcement* – uma vez que atuam juntamente com os mecanismos estatais para diminuir os incentivos à prática da infração:

Enforcement of the [...] antitrust prohibition of cartels has two purposes: to prevent violations, primarily through deterrence and punishment (public enforcement); and to deal with the consequences when violations have nevertheless occurred, usually by providing compensation to the cartel's victims (private enforcement). While the public enforcers of antitrust laws [...] detect cartels and impose fines on their members, actions for damages [...] also contribute to the maintenance of effective competition [...]. Therefore, public and private enforcement represent different sides of the same coin of antitrust enforcement: it is not “either/or” but “both”. (DE STEFANO, 2012, p. 95)

Além de aumentarem o valor das sanções esperadas em caso de descoberta do cartel – somando-se às penas administrativas e criminais o valor das

indenizações – as demandas fundadas em responsabilidade civil também aumentam a probabilidade de detecção da infração, uma vez que os indivíduos lesados têm interesse em descobrir e relatar a sua ocorrência, proporcionando, assim, a preservação de recursos das autoridades antitruste, que podem ser alocados em outras investigações (CASSELTA, 2015, p. 56).

Nos Estados Unidos, as ações privadas vêm crescendo em número desde a década de 1970, e são responsáveis por cerca de 95% dos casos antitruste instaurados pelo Departamento de Justiça:

Although private antitrust actions were filed soon after the passage of the Sherman Act, the number of such cases was not large until the 1950's. The number of private filings increased rapidly through the 1960's and exploded in the 1970's. While the number of private filings leveled off in the 1980's, it increased again in the 1990's. The private antitrust action continues to be the principal mechanism by which the antitrust laws are enforced. As many as 95% of antitrust cases are brought by private plaintiffs. (HOVENKAMP, 2011, p. 652)

Naquele país, inclusive, a responsabilização civil, além de ser fonte de compensação pelos prejuízos sofridos por terceiros, tem evidente caráter punitivo dos infratores, uma vez que as indenizações devem ser pagas em valor correspondente ao triplo do dano causado ao demandante (regra conhecida como “*treble damages*”)¹³¹.

Já na União Europeia, apesar de não terem tanto relevo – sobretudo em virtude da inexistência de uma jurisdição comunitária capaz de impor condenações de natureza civil – as demandas individuais de reparação, nos países membros, vêm ganhando força, principalmente em virtude do reconhecimento, pelas autoridades antitruste, de sua importância no combate aos cartéis, o que levou, inclusive, à edição da Diretiva n.º 104/2014, que trata da matéria:

¹³¹ Assim dispõe, sobre a material, o §4.º do Clayton Act: “[...] *any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee.*”

Most importantly, Directive 2014/104 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the member states and of the European Union (Damages Directive) was signed into law on 26 November 2014 and was published in the EU Official Journal on 5 December 2014 (2014 OJ L349/1). The Damages Directive is intended to optimise the interplay between the public and private enforcement of the EU competition rules [...] (KMIECIK; BURTON, 2015, p. 5)

As ações de responsabilidade civil por danos causados pela formação de cartel também vêm ganhando importância no Brasil¹³², sobretudo em razão do gradual fortalecimento, entre nós, da cultura da concorrência¹³³.

Ainda há, todavia, certa insegurança sobre o regime de responsabilidade civil aplicável ao campo concorrencial, uma vez que, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos e na União Europeia, inexistente regulamentação específica da matéria, limitando-se o artigo 47 da Lei n.º 12.529 a estabelecer que os prejudicados podem requerer, em juízo, indenização pelos danos sofridos em virtude de infrações contra a ordem econômica.

É certo que essa previsão não representa simples reforço das regras de responsabilidade civil já existentes no ordenamento jurídico pátrio, mas sim o reconhecimento de que a interpretação aplicação das regras gerais do Direito Civil deve ser feita com base nos princípios da Política de Defesa da Concorrência (CASSELTA, 2015, p. 86). Diante da ausência de disciplina legal dessa confluência

¹³² Segundo levantamento realizado por Luiza Andrade Machado (2015, p. 116), entre janeiro de 2012 e julho de 2014, foram encontrados, na jurisprudência dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, Tribunais Regionais Federais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, 22 acórdãos contendo as palavras “cartel” ou “cartéis”, proferidos em demandas de reparação civil, o que representa um aumento de 450% em relação ao período compreendido entre 2009 e 2011, quando foram encontrados apenas 4 acórdãos.

¹³³ No ano de 2004, Paolo Zuppo Mazzucato vislumbrava, de forma otimista, que o “ingresso em juízo visando à obtenção de reparações será, no futuro, uma tendência no País, tal como ocorre na Europa e nos Estados Unidos.”, como consequência do desenvolvimento de uma cultura concorrencial. (MAZZUCATO, 2004, p. 135).

de normas, todavia, o resultado depende de construção doutrinária e jurisprudencial, ainda incipientes entre nós¹³⁴.

Uma importante característica do regime de responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro é a solidariedade entre os causadores do dano pelo pagamento da indenização (art. 942 do Código Civil). Isso implica que lesado tem direito de exigir, de qualquer um dos autores, a reparação integral dos prejuízos sofridos, cabendo àquele que realizar o pagamento pleitear o reembolso perante os demais (arts. 275 e 283 do Código Civil).

A regra da responsabilidade solidária tem plena aplicabilidade aos cartéis, de forma que qualquer um dos membros pode ser acionado em juízo pelos prejudicados, independentemente de ter contratado diretamente com o demandante, já que o dano (seja decorrente de sobrepreço, de impossibilidade de aquisição de serviço/produto, discriminação, dentre outros) é causado pela organização como um todo, e não pelas relações individuais de seus membros no mercado:

Para análise da questão no direito brasileiro, é importante ter presente que a responsabilidade civil por cartel possui natureza extracontratual (aquiliana) e não contratual. Embora, como visto, as relações entre o cartel e suas vítimas sejam em muitos casos reguladas contratualmente, o prejuízo gerado pelo cartel não resulta de qualquer violação contratual. Mesmo que o contrato seja cumprido e os preços e condições nele previstos sejam estritamente observados, ainda assim haverá prejuízo a ser indenizado, o qual decorre de um elemento externo aos contratos, qual seja, a infração à ordem econômica consubstanciada na combinação ilícita entre concorrentes resultando em aumento artificial dos preços.

Assim, entende-se que há nexo causal – e, portanto, há dever de indenizar – mesmo nos casos em que o prejudicado adquire os produtos ou serviços de um determinado membro do cartel e, não

¹³⁴ A ausência de disciplina legal específica da responsabilidade civil no campo concorrencial gera dúvidas, por exemplo, quanto ao tipo de responsabilidade civil aplicável (se subjetiva ou objetiva, tendo em vista que, para configuração da infração administrativa, não é necessária a demonstração de culpa), quanto aos efeitos da decisão proferida pelo CADE em relação às demandas individuais, quanto às excludentes de responsabilidade, quanto ao regime prescricional, dentre outros. Sobre as controvérsias e tendências relativas ao tema no Brasil, v. Casselta, 2015.

obstante, promova ação indenizatória contra os outros membros do cartel, com quem não manteve qualquer relação contratual. Isto porque o nexa causal a ser examinado é entre a celebração do cartel e o dano sofrido, independentemente das relações contratuais porventura existentes entre as partes.

[...]

Desse modo, os diversos membros do cartel respondem solidariamente pelos prejuízos causados, nos termos do parágrafo único do art. 942 do Código Civil, independentemente de terem ou não mantido relações diretas com o demandante. Caso um dos membros do cartel seja obrigado a pagar a integralidade da indenização, terá direito de regresso contra os demais infratores, nos termos do artigo 283 do Código Civil. (CASSELTA, 2015, pp. 108-109)

Ocorre que o programa brasileiro de leniência, inspirado no tratamento que era originalmente dado por seus congêneres norte-americano e europeu, apenas oferece, para o delator, tratamento benéfico em relação às penalidades aplicáveis nos campos administrativo e criminal, sem qualquer previsão de influência na responsabilidade civil.

Em tais condições, o signatário de acordo de leniência, ao confessar seu envolvimento no ilícito e revelar informações e documentos capazes de comprovar a prática, fica exposto ao pagamento de indenizações pelo valor integral dos danos decorrentes das atividades do cartel, cabendo-lhe, apenas, o direito de regresso contra os demais participantes, a ser exercido em ação própria.

Nesse ponto, a legislação pátria se mostra em evidente descompasso com as tendências internacionais, que têm apontado, na última década, para a necessidade de se estabelecer uma interface entre a leniência e a responsabilidade civil, como forma de preservar os incentivos à delação e, assim, garantir a eficiência daquele mecanismo no combate a cartéis¹³⁵:

¹³⁵ Essa necessidade há muito já era antecipada, entre nós, por Paolo Zupo Mazzucato; “*O risco de ações indenizatórias deve ser subtraído do delator (deixando-o apenas para os demais representados punidos), criando-se disposição legal expressa nesse sentido, sob pena de se desestimular a delação.*” (MAZZUCATO, 2004, p. 136)

No entanto, a confissão da conduta anticompetitiva tende a deixar os signatários do acordo de leniência mais expostos às ações de indenização. Por tal razão, as ações de indenização podem em tese resultar em desestímulo à celebração de acordos de leniência, prejudicando a efetividade desse instrumento de detecção de cartéis e outras infrações.

Por conta disso, há atualmente debate na doutrina estrangeira sobre a necessidade e conveniência de previsão de mecanismos que atenuem os efeitos da responsabilidade civil sobre os signatários do acordo de leniência – tais como a limitação da responsabilidade – de modo a evitar que as ações indenizatórias constituam desestímulo à celebração de acordos de leniência. (CASSELTA, 2015, p. 64)

Nos Estados Unidos, foi editado, em 2004, o *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act (ACPERA)*¹³⁶, que, dentre outras providências, estabeleceu a limitação da responsabilidade civil do signatário de acordo de leniência à reparação dos danos efetivamente decorrentes de sua conduta, desde que forneça “*cooperação satisfatória*”¹³⁷ à vítima em sua demanda indenizatória, oferecendo informações e documentos relevantes que detenha em seu poder.

Em outras palavras o delator pode se livrar não só da obrigação de indenizar integralmente todos os danos causados pelo cartel, como também da regra punitiva de indenização em valor correspondente ao triplo dos prejuízos (*treble damages*), limitando sua responsabilidade ao ressarcimento dos prejuízos que, comprovadamente, tenham decorrido de suas atividades no mercado afetado pelo acordo colusivo (*single damages*)¹³⁸.

¹³⁶ Public Law 108-237, jun. 22, 2004.

¹³⁷ Não há uma definição precisa do que seja considerado “cooperação satisfatória”. A verificação do cumprimento dessa exigência incumbe ao juiz da causa, levando em consideração, nos termos do item “b” da Seção 213 do ACPERA, o tipo e a extensão das informações e evidências fornecidas, a boa-fé do agente e sua disponibilidade para participação nos atos de instrução do processo.

¹³⁸ Sobre os efeitos do ACPERA, comentam Mueler e Evans (2010, p. 2): [...] *it provided two added incentives for potential leniency applicants to initiate cooperation with the Antitrust Division. First, ACPERA eliminated the leniency applicant's joint and several liability stemming from any federal or state civil suit arising from the reported conduct. [...] Second, ACPERA provided for single actual damages, eliminating the punitive trebling of damages and potentially limiting the duplicative*

Ressalte-se que não se trata de exigência adicional para a obtenção dos benefícios relativamente às penalidades impostas à infração concorrencial, mas sim condição exclusivamente aplicável à limitação da responsabilidade civil do delator que cumpra integralmente suas obrigações perante a autoridade antitruste.

Em outras palavras, pode o signatário de acordo de leniência simplesmente entender melhor abrir mão da possibilidade de limitar sua responsabilidade civil mediante colaboração com o demandante, e, assim, correr o risco de ser condenado, de forma solidária, a pagar a indenização integral, correspondente ao triplo do valor do dano:

The key element of the statute is that it is not compulsory. A leniency applicant may litigate a case fully without providing any cooperation to the claimant. The applicant simply then forfeits the opportunity to avoid joint and several liability and trebling of any damages found. (MUELER; EVANS, 2010, p. 3)

Essa regra, portanto, representa o reconhecimento, naquele país, de que, por mais importante que seja o papel das ações de indenização no combate aos cartéis, é necessário evitar que elas provoquem o desincentivo à celebração de acordos de leniência:

The Act also introduced a de-trebling provision into our leniency system that is meant to bolster that program. The ability of “private attorneys general” to recover treble damages, while not free of problems or controversy, is an important component of antitrust enforcement in the United States. However, in our judgment the risk of exposing themselves to liability for treble damages in private antitrust litigation has from time to time prevented firms from taking advantage of our amnesty program and exposing their and their co-conspirators’ illegal activity. (BARNETT, 2004, pp. 5-6)

No mesmo sentido, comenta Daniel Costa Casselta (2015, p. 65):

recovery by direct and indirect purchasers. The net result is that today’s leniency applicant has the opportunity to limit its civil exposure to a one-time overcharge paid by its customers.”

Nesse contexto, a exceção à regra dos “*treble damages*” aplicável aos signatários do acordo de leniência nos Estados Unidos tem o propósito de conferir maiores incentivos para que os infratores celebrem acordo de leniência e colaborem com a investigação do cartel e identificação dos demais participantes.

Segundo estudo publicado pelo *Accountability Office* do Governo Federal dos Estados Unidos, apesar de não ter ocorrido um aumento significativo na quantidade de propostas de leniência nos 6 anos subsequentes à edição do ACPERA¹³⁹, houve relevante aprimoramento qualitativo nos resultados do programa, uma vez que dobrou o número de acordos de “Tipo A”, ou seja, relativos a infrações sobre as quais as autoridades não tinham qualquer conhecimento prévio (ESTADOS UNIDOS, 2011 pp. 18-19).

Além disso, o mesmo estudo promoveu entrevistas com advogados de defesa de empresas signatárias de acordos de leniência, os quais, em sua maioria, afirmaram que a limitação da responsabilidade civil pela prática da infração representa uma influência positiva na escolha pela delação, apesar da ameaça de prisão e de imposição de multas corporativas ainda ter grande peso nessa decisão (ESTADOS UNIDOS, 2011, p. 20).

Na União Europeia, a questão da responsabilidade civil por danos decorrentes de infrações antitruste apenas foi regulamentada, de forma específica, com edição da Diretiva n.º 104/2014, que estabelece a responsabilidade solidária dos envolvidos. Assim como ocorre no Brasil, qualquer dos membros de um cartel pode ser obrigado a indenizar integralmente os danos causados, sendo-lhe assegurado o posterior direito de regresso contra os demais¹⁴⁰.

Todavia, ao contrário do que ocorre entre nós, a Diretiva limita a responsabilidade dos signatários de acordos de leniência, que somente respondem

¹³⁹ No mesmo sentido, Miller (2009, p. 23) conclui, a partir da análise de estatísticas do programa norte americano de leniência, que o ACPERA não teve impacto substancial na detecção de cartéis nos primeiros cinco anos de sua vigência.

¹⁴⁰ “*Article 11. Joint and Several Liability. 1. Member States shall ensure that undertakings which have infringed competition law through joint behaviour are jointly and severally liable for the harm caused by the infringement of competition law; with the effect that each of those undertakings is bound to compensate for the harm in full, and the injured party has the right to require full compensation from any of them until he has been fully compensated.*”

pelos prejuízos sofridos por agentes econômicos que com eles mantiveram relações diretas ou indiretas, exceto nos casos em que se tornar impossível a integral compensação das demais vítimas¹⁴¹. Em outras palavras, o delator, em regra, não tem responsabilidade civil pela conduta dos demais participantes do cartel, salvo se esses não tiverem condições de ressarcir todo o prejuízo causado.

A expansão dos efeitos do programa de leniência também para o campo da responsabilidade civil pode representar um incentivo adicional à delação – e, conseqüentemente, um incremento na instabilidade interna dos cartéis – posto que, nessa situação, o risco relativo ao pagamento de indenizações integrais é transferido do delator para os demais autores da infração.

A tendência racional é que as vítimas, cientes de que o signatário de acordo de leniência apenas responde pelos prejuízos decorrentes de sua própria conduta, busquem acionar em juízo somente os demais participantes na infração, sobre os quais recairão, além dos custos relativos a eventual condenação, as despesas decorrentes da litigância nas demandas individuais e, ainda, na ação de regresso contra o delator, na qual deverão provar a extensão dos danos por ele efetivamente causados (MACHADO, 2015, p. 213).

Diante dessa análise, pode-se concluir que seria relevante, para otimizar os resultados do programa brasileiro leniência, a expansão de seus efeitos também para o campo da responsabilidade civil, mediante modificação legislativa que, destinada a maximizar a eficiência da política de defesa da concorrência, observe alguns critérios destinados a assegurar a obediência aos princípios e regras gerais da responsabilidade civil em nosso ordenamento jurídico.

É essencial garantir, em primeiro lugar, a integral reparação das vítimas do cartel pelos prejuízos sofridos.

Para tanto, seria possível a utilização de regra – análoga à adotada na União Europeia – que permita a responsabilização solidária do signatário de acordo de leniência em caso de se tornar absolutamente impossível a obtenção, pelos lesados, de completo ressarcimento perante os demais participantes do cartel.

¹⁴¹ “4. By way of derogation from paragraph 1, Member States shall ensure that an immunity recipient is jointly and severally liable as follows: (a) to its direct or indirect purchasers or providers; and (b) to other injured parties only where full compensation cannot be obtained from the other undertakings that were involved in the same infringement of competition law.”

Esse tipo de previsão, todavia, impede a maximização dos incentivos à celebração de acordos de leniência, uma vez que, evidentemente, causa insegurança sobre os benefícios que serão obtidos pelo delator na esfera civil.

Tal efeito negativo pode ser atenuado pelo estabelecimento, em lei, de critérios claros e objetivos para que seja possível impor, ao delator, a obrigação solidária pela indenização dos danos decorrentes da infração, com previsão expressa de que a tanto não bastam meras dificuldades processuais, sendo necessária a prova de verdadeiros impedimentos materiais, decorrentes da absoluta inexistência de patrimônio dos demais participantes para satisfazer todas as vítimas.

Alternativamente, poder-se-ia adotar, como forma de equacionar o direito a indenização integral e a busca por eficiência no combate a cartéis, a exigência – tal como ocorre nos Estados Unidos – de que o signatário de acordo de leniência coopere com as vítimas em suas ações a fim de obter a limitação de sua responsabilidade pelos danos causados.

Essa regra implica, por óbvio, em maiores chances de obtenção, pelos prejudicados, das indenizações pleiteadas em face dos demais membros do cartel, inclusive com menores custos na produção das provas a tanto necessárias. Também pode representar um estímulo à celebração de acordos de leniência, uma vez que o delator, ao mesmo tempo, reduz o valor das indenizações que é obrigado a pagar e aumenta as perdas dos outros participantes na infração, obtendo, assim, vantagens competitivas (MACHADO, pp. 127-128).

Por outro lado, a exigência de que o delator forneça cooperação em demandas individuais para obter a limitação de sua responsabilidade civil, caso não disciplinada de forma apropriada, também pode ser geradora de insegurança prejudicial aos resultados do programa de leniência (MACHADO, 2015, p. 128). Nos Estados Unidos, a indefinição do texto do ACPERA tem causado dúvidas na sua aplicação, sobretudo no que se refere à quantidade e ao tipo de informações que devem ser fornecidas, bem como ao momento em que a colaboração deve iniciar e terminar (ESTADOS UNIDOS, 2011, pp. 31-35).

Assim como ocorre naquele país, entre nós, a não ser que se altere as atribuições constitucionais do Poder Judiciário, caberá ao Juiz de cada demanda – em não à autoridade antitruste – estabelecer, no caso concreto, as condições de cooperação, verificar o seu cumprimento, e, sendo o caso, reconhecer a ocorrência da circunstância limitadora da responsabilidade civil do delator.

É essencial, todavia, que a lei estabeleça parâmetros gerais, não só para evitar possíveis arbítrios, mas principalmente para garantir que o instituto ora proposto – limitação da responsabilidade civil do signatário de acordo de leniência – seja apto a atingir seus objetivos. Seria conveniente, ainda, possibilitar, ao delator, entrar em acordo com o demandante sobre as condições da cooperação, cabendo ao Juiz, nesse caso, homologar o ajuste e fiscalizar seu cumprimento¹⁴².

A exigência de auxílio nas demandas indenizatórias, evidentemente, não pode ser tão rígida quanto a prevista no campo antitruste, sob pena de se esvaziar os incentivos à cooperação com as vítimas e, até mesmo, à celebração de acordos de leniência. E assim porque, enquanto a colaboração, no âmbito administrativo, se dá uma única vez, e garante a exclusão – ou, conforme o caso, a redução – das multas e ainda a imunidade penal, o delator, na esfera civil, terá que colaborar com ações ajuizadas por todos os possíveis interessados, para obter, tão somente, a limitação de sua responsabilidade em cada uma delas¹⁴³.

O ideal seria que houvesse a explicitação dos tipos de informações e documentos que podem, efetivamente, ser exigidos do delator, quando demandado

¹⁴² Nos Estados Unidos, como a colaboração com as demandas indenizatórias não é obrigatória e não tem termo inicial prefixado, é muito comum a celebração de acordos entre o delator e os demandantes individuais, para evitar os custos envolvidos no litígio. Nesses ajustes, as partes fixam não só os termos da colaboração a ser fornecida pelo primeiro, mas também, o valor da indenização a ser paga por ele. Sobre o tema, comentam Mueller e Evans (2010, p. 6): “*Generally in U.S. civil litigation, each party possesses excellent information regarding the strengths and weaknesses of its own case, while it lacks complete information regarding the strength of its opposition. Based on this risk-reward structure, the two parties must assess whether to continue expending resources litigating the matter, or reach a settlement to limit the risk of loss. In the context of settlement, the primary points of negotiation are typically the amount of compensation and the cooperation that a defendant can provide to claimants to pursue compensation from other defendants.*” No mesmo sentido, o relatório publicado pelo Accountability Office do Governo Federal dos Estados Unidos (2011, p. 35): *Early settlements are generally regarded by attorneys as good for both parties because plaintiffs get the ACPERA cooperation they need to build a strong case, leniency applicants are able to resolve the claim as swiftly as possible, and both parties are able to save legal fees associated with prosecuting and defending the case.*”

¹⁴³ Com visão semelhante, Mueller e Evans (2010, pp. 4-5), comentando as perspectivas de reforma do ACPERA nos Estados Unidos, sustentam que “[...] *the need for clarity in the Leniency Program as to the requirements to avoid criminal prosecution should not be confused with a need to for rigidity as to cooperation with civil claimants. The principal reason for the distinction is that civil liability for the leniency applicant is not reduced to zero, unlike its criminal liability.*”

em juízo por vítimas do cartel, para que possa obter a limitação de sua responsabilidade civil.

Por outro lado, tendo em vista que a limitação da responsabilidade civil depende, também, da declaração de cumprimento das condições do acordo junto à autoridade antitruste, o melhor seria outorgar, às partes ou ao CADE, na condição de terceiro interessado¹⁴⁴, a faculdade de requerer a suspensão das ações de indenização movidas contra o delator até o final do processo administrativo.

Essa regra, além de evitar esforços desnecessários – uma vez que de nada adianta a colaboração com as demandas indenizatórias individuais se o acordo não for julgado integralmente cumprido pelo CADE – pode preservar o bom andamento das investigações e do processo administrativo, ao evitar que o delator tenha que atuar, ao mesmo tempo, junto à autoridade antitruste e aos prejudicados.

Nessas circunstâncias, o signatário de acordo de leniência somente precisaria responder demandas individuais após o término do processo administrativo, o que viabilizaria, inclusive, a celebração de acordos com os demandantes, com estipulação das condições de cooperação e, sendo o caso, do valor do ressarcimento devido pelos prejuízos efetivamente causados.

Em caso de adoção da possibilidade de suspensão das ações individuais, é essencial, para evitar que prejuízos ao direito dos lesados, a previsão de regra de interrupção do curso dos prazos prescricionais relativos à pretensão indenizatória das vítimas do cartel até o final do processo administrativo¹⁴⁵, independentemente de decorrer ou não da celebração de acordo de leniência.

¹⁴⁴ Nos Estados Unidos, é comum que a autoridade antitruste, a fim de evitar prejuízos à investigação ou ao processo criminal, solicite a suspensão da produção de determinadas provas em demandas individuais, o que, por vezes, limita a cooperação que pode ser oferecida pelo signatário de acordo de leniência, que fica impedido de revelar determinadas informações ou evidências que tem em seu poder (ESTADOS UNIDOS, 2011, pp. 31-32).

¹⁴⁵ Nos Estados Unidos, apesar do prazo prescricional ser de 4 (quatro) anos, os prejudicados podem propor demandas individuais até um ano depois do encerramento de ação cível ou criminal movida pelo Poder Público (CASSELTA, 2015, p. 72). Na União Europeia, a Diretiva 2014/104 estabelece que o curso dos prazos prescricionais deve ficar sobrestado na pendência de investigação ou processo instaurado pelas autoridades antitruste (CASSELTA, 2015, p. 80). Entre nós, o artigo 200 do Código Civil apenas impede o início do curso do prazo prescricional quando a ação se fundar em fato considerado crime, até a prolação de sentença definitiva pelo juízo criminal.

Outra questão que pode surgir diz respeito à comprovação da extensão dos danos efetivamente causados pelo delator que tem sua responsabilidade limitada. Segundo a regra geral em nosso sistema processual – prevista no artigo 373 do vigente Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) – o ônus da prova sobre o valor dos prejuízos incumbirá ao autor da demanda.

Essa regra pode, em tese, ser excepcionada pelo Juiz, quando existir assimetria de informações entre as partes, capaz de inviabilizar ou tornar extremamente difícil a comprovação, pela vítima, do montante dos danos que decorreram da conduta do signatário de acordo de leniência, seja com fundamento no art. 6.º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor – nas demandas por ele regidas – ou no art. 373, §1.º, do Código de Processo Civil de 2015.

Além da proteção do direito das vítimas, é essencial a adoção de institutos destinados a evitar que a concessão de benefícios ao delator na esfera civil não implique, para os demais autores da infração, a obrigação de suportar indenizações em valor superior à extensão do dano por eles efetivamente causado, nos termos do disposto no art. 944 do Código Civil¹⁴⁶.

Diante dessa regra, não é possível a concessão de imunidade civil integral para o signatário de acordo de leniência, mas, tão somente, a limitação de sua responsabilidade solidária. Caso contrário, os outros membros do cartel seriam obrigados a arcar com o ressarcimento não só de suas respectivas parcelas no valor total dos danos, mas também com o rateio da parte do delator.

4.2.6. Procedimento

A Lei n.º 12.529/2011, assim como sua antecessora, se limita a autorizar a utilização da leniência no combate às infrações contra a ordem econômica, estabelecendo os requisitos, efeitos e as linhas gerais para o seu emprego.

Não disciplina, todavia, os procedimentos a serem seguidos na celebração dos acordos e na concessão dos benefícios a eles associados, o que foi delegado ao Regimento Interno do CADE, que, como visto, é a entidade competente para a operação do Programa Brasileiro de Leniência.

¹⁴⁶ “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.”

Estabelece o mencionado ato normativo um procedimento complexo, com quatro fases distintas a serem percorridas como forma de assegurar cumprimento aos mandamentos legais, quais sejam; (i) fase preliminar; (ii) proposta e negociações; (iii) formalização do acordo; e (iv) julgamento.

Na fase preliminar, o agente que ainda não detenha todas as informações e documentos necessários para formalizar uma proposta tem a possibilidade de manifestar – de forma oral ou escrita – seu interesse na celebração de acordo de leniência, com o objetivo de obter uma declaração da Superintendência-Geral de que é o primeiro a se candidatar relativamente à infração noticiada. Trata-se do sistema brasileiro de senhas (“*markers*”).

Para obter essa declaração, o interessado deve informar – nos termos do artigo 199, §1.º, do Regimento Interno do CADE – além de sua qualificação completa¹⁴⁷, quem são os demais participantes conhecidos da conduta noticiada, os produtos/serviços e a área geográfica por ela afetados, bem como, sendo possível, o tempo estimado de duração da infração.

Note-se que os requisitos para obtenção de senha, entre nós, são mais rígidos do que nos Estados Unidos, onde não se exige a indicação dos demais membros da organização, mas, tão somente, a identificação do delator, o reconhecimento de seu envolvimento na infração, a descrição da natureza da conduta e a especificação do mercado afetado (HAMMOND, 2009, p. 2).

Se, com base nos elementos supramencionados, a Superintendência-Geral concluir que o agente é, de fato, o primeiro a se qualificar com relação à infração revelada, lhe é fornecida certidão desse fato, com a indicação de prazo para apresentação da proposta.

O tempo de duração da senha é fixado, no Brasil, diante do caso concreto, com possibilidade de prorrogação, mas sempre respeitando os prazos intermediários definidos pela Superintendência-Geral (art. 199, §3.º, do Regimento Interno do CADE)¹⁴⁸. Não há, todavia, qualquer norma – ou mesmo publicação oficial – que indique os métodos de análise empregados nessa decisão.

¹⁴⁷ Que deverá ser mantida em sigilo mesmo em caso de frustrar-se a celebração do acordo, nos termos do artigo 205 da mesma norma Regimental.

¹⁴⁸ Antes da reforma introduzida pela Resolução n. 15/2015, o §3.º do artigo 199 do Regimento Interno do CADE estabelecia que o prazo não poderia ser superior a 30 (trinta) dias. Na redação atual, não existe qualquer limite – mínimo ou máximo – para o tempo de duração da senha.

Nos Estados Unidos, o prazo de validade do marcador também é definido caso a caso pela autoridade antitruste, mas existe maior transparência nesse aspecto, sendo que, na maioria dos casos, são inicialmente concedidos 30 (trinta) dias, com a possibilidade de prorrogação, a depender de critérios públicos, como a localização e o número de empregados a serem entrevistados e de documentos a serem revisados, a existência ou não de investigação em andamento, e a demonstração de boa-fé na conduta do proponente¹⁴⁹.

No caso de se constatar que houve qualificação anterior, o agente é informado de que, apesar de não ser o primeiro, foi incluído fila de espera¹⁵⁰ para negociação, somente sendo possível, nesse caso, a apresentação de proposta em caso de insucesso na celebração de acordo – seja em virtude de rejeição da proposta, desistência ou descumprimento do prazo – pelos interessados mais bem posicionados (art. 199-A, *caput*, §1.º e §2.º, do Regimento Interno do CADE).

Quando ultrapassada – ou inexistente – a fase preliminar, passa-se à segunda fase, em que são realizadas a proposta e as negociações a respeito do acordo a ser celebrado.

A proposta pode ser feita de forma oral ou escrita, desde que respeite, conforme o caso, o prazo concedido na fase anterior, bem como contenha qualificação completa do proponente, detalhamento da conduta noticiada – com

¹⁴⁹ Nos termos do 'FAQ' publicado pela Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos com informações e instruções sobre o programa de leniência: *"A marker is provided for a finite period. The length of time an applicant is given to perfect its leniency application is based on factors such as the location and number of company employees counsel needs to interview, the amount and location of documents counsel needs to review, and whether the Division already has an ongoing investigation at the time the marker is requested. A 30-day period for an initial marker is common, particularly in situations where the Division is not yet investigating the wrongdoing. If necessary, the marker may be extended at the Division's discretion for an additional finite period as long as the applicant demonstrates it is making a good-faith effort to complete its application in a timely manner."*

¹⁵⁰ A obtenção de um "lugar na fila" também é importante para garantir que, em caso de impossibilidade de celebração de acordo, o agente obtenha maiores benefícios com o chamado "Compromisso de Cessação", previsto no artigo 85 da Lei n.º 12.539/2011: *"Sub-Markers are also used as a reference of order of arrival if an investigation is launched and companies opt to propose a Settlement Agreement, because this other program of the Brazilian authority also favors companies to reaching out to the authority as early as possible by granting greater level of discounts to the 1st companies to apply for Settlement."* (CALLIARI *et al.*, 2015, p. 318).

identificação dos demais envolvidos, dos produtos/serviços e área geográfica esperada e tempo estimado de duração – e, ainda, descrição das informações e documentos que serão apresentados por ocasião da assinatura do acordo.

Note-se que não se exige que a proposta seja acompanhada de elementos aptos a comprovar a conduta, mas apenas a indicação das provas que o agente detém consigo. E não poderia ser diferente, uma vez que a Lei apenas impõe, ao proponente, a colaboração na identificação dos envolvidos e na obtenção de informações e documentos que comprovem a infração. Justamente por isso, é possível, em tese, a celebração de acordo de leniência mesmo quando o agente não tiver, em sua posse, qualquer prova, uma vez que a sua tarefa é apenas auxiliar as autoridades antitruste na punição do ilícito (MAZZUCATO, 2004, p. 116).

Apresentada a proposta, têm início as negociações, em reuniões presenciais ou por meio de comunicações escritas. Nesse ponto, a Superintendência-Geral pode exigir o aperfeiçoamento da proposta, seja do ponto de vista formal ou material. O não atendimento a tempo e modo, pelo proponente, dessas determinações, implica na desistência tácita da proposta.

Ademais, são concedidas, ao candidato, informações relevantes para a celebração do acordo, como a existência ou não de conhecimento prévio sobre a infração noticiada e o prazo de validade da proposta.

O fato de haver desistência – que pode ocorrer a qualquer tempo, antes da assinatura do acordo – ou de rejeição da proposta, por inobservância dos requisitos legais, não importa em confissão nem reconhecimento da ilicitude da conduta, devendo ocorrer a devolução de todos os documentos ao proponente, bem como a manutenção do sigilo sobre todas as informações reveladas (art. 205 do Regimento Interno do CADE).

Nesse caso, não podem as autoridades, por óbvio, se valer do insucesso na celebração de acordo de leniência para abrir procedimento destinado à detecção e punição da transgressão noticiada, sob pena de nulidade desses atos, em razão de sua manifesta ilegalidade.

Nada impede, todavia, que sejam abertas investigações relativas à mesmo infração, desde que decorra de indícios ou provas autônomas, obtidas por outros meios não relacionados à proposta mal sucedida (art. 205, §4.º, do Regimento Interno do CADE).

Se, todavia, não houver desistência e forem preenchidos os requisitos legais, passa-se à terceira fase, na qual ocorre a efetiva formalização do acordo de leniência, mediante termo no qual devem constar a identificação e qualificação completa dos signatários, a descrição detalhada da infração noticiada (com confissão de participação e declaração de cessação de envolvimento), a lista de informações e documentos fornecidos e, principalmente, as obrigações das partes.

Após o trâmite das investigações e do processo administrativo, cabe à Superintendência-Geral remeter ao Tribunal os autos do acordo de leniência, com relatório circunstanciado sobre o cumprimento do ajustado pelo beneficiário.

Passa-se, então, à quarta - e última - fase, na qual é tomada a decisão sobre a concessão ou não dos benefícios da leniência, que depende da avaliação, a ser feita pelo Tribunal no julgamento do processo, sobre a efetiva obediência às disposições contidas no acordo.

4.2.7. Confidencialidade

O §9.º do artigo 86 da Lei n.º 12.529/2011, reprisando previsão já contida em sua antecessora, estabelece que a proposta de acordo de leniência é sigilosa, ressalvado o *“interesse das investigações e do processo administrativo”*.

O primeiro ponto de relevo diz respeito à possibilidade genérica de se excepcionar o sigilo, que vem sendo criticada desde os primórdios do programa brasileiro de leniência como causadora de insegurança e, por consequência, ineficiência no combate aos cartéis:

Há o justificado temor de que um Secretário de Direito Econômico incauto, vaidoso e com pretensões ao estrelado, possa convocar a mídia para divulgar que está prestes a obter documentos que dismantelarão um cartel. Basta alegar um suposto interesse processual, invocando razões às vezes subjetivas, muito embora o que se recomenda é um expediente extremamente sigiloso e discreto. E, depois que o dano tiver sido causado, não haverá como contorná-lo. (MAZZUCATO, 2004, p. 118)

Como já visto, a confidencialidade é essencial para o bom funcionamento de um programa de leniência, uma vez que, caso contrário, o potencial interessado em revelar uma infração fica sujeito a riscos que podem enfraquecer e até mesmo eliminar os incentivos à delação.

De outro lado, é importante ter em mente que a celebração de acordo de leniência representa um ato administrativo como qualquer outro, que deve ser regido, em regra, pela publicidade inerente à atuação da Administração Pública.

É preciso, portanto, conciliar os mandamentos constitucionais da promoção da livre concorrência e do desenvolvimento nacional – nos quais se funda a busca de um programa de leniência eficiente no combate a cartéis – com o princípio da publicidade dos atos administrativos.

Por esse motivo, a Lei faz referência apenas ao sigilo da *proposta*, e não do acordo – ou das provas que o acompanham – que, uma vez firmado, deve ser levado a conhecimento, quando nada, dos agentes indicados como envolvidos na infração, para que possam exercer, de forma plena, o seu direito de defesa.

O CADE adota, nas fases de negociação e formalização, uma série de procedimentos destinados a garantir a confidencialidade da proposta, como, por exemplo, a exigência de assinatura, pelo representante do Ministério Público que tem acesso a seus termos, de termo de responsabilidade pela manutenção do sigilo, a menção aos envolvidos por siglas em comunicações externas – sem indicação de quem seja o proponente – e o descarte dos documentos preliminares por ocasião da assinatura do termo final do acordo¹⁵¹.

Além do caráter sigiloso da proposta, expressamente previsto em lei, o Regimento Interno do CADE estabelece um regime de publicidade limitada em relação ao termo de acordo já firmado, que deve permanecer em autos de acesso restrito aos representados, para fins de exercício do contraditório e da ampla defesa no inquérito ou no processo administrativo (art. 206, *caput*, e art. 207, §2.º).

Ademais, a referida norma regimental estabelece que a identidade do signatário não pode ser revelada ao público em geral até o final julgamento do processo pelo Tribunal (art. 207, *caput*)

¹⁵¹ Confira-se, a respeito, as respostas das perguntas 52, 61 e 74 do Guia do Programa de Leniência publicado pelo CADE (BRASIL, 2016d).

Essas restrições à publicidade devem ser vistas com cautela, uma vez que, por não decorrerem de previsão legal expressa¹⁵², somente encontram fundamento, em nosso ordenamento jurídico, caso necessárias para assegurar o sucesso das investigações ou outro interesse da coletividade (art. 23 da Lei 12.527/2011 e art. 49 da Lei 12.529/2011).

Por tais razões, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.554.986/SP¹⁵³, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, entendeu ser impossível a manutenção da confidencialidade do acordo até o final julgamento do processo administrativo, conforme previsto no artigo 207 do Regimento Interno do CADE, ao fundamento de que essa situação representa, para o signatário, benefício excessivo e desprovido de respaldo legal, em prejuízo do interesse de terceiros lesados pela conduta, *verbis*:

Desse modo, o intuito de evitar o livre acesso público ao conteúdo do acordo em si, bem como aos documentos e informações a ele vinculados, mesmo com respaldo no art. 207 do RI/Cade, além de não contar com respaldo legal – haja vista que a própria Lei n. 12.529/11 não garante esse sigilo –, mostra-se desproporcional, impedindo aos terceiros eventualmente lesionados de buscar a devida reparação dos danos suportados.

¹⁵² “Em síntese, o quadro normativo brasileiro não contém regra expressa disciplinando a interação entre o programa de leniência e as ações de indenização no tocante ao acesso aos documentos relacionados ao acordo de leniência. Por um lado, há normas assegurando o tratamento sigiloso da proposta de leniência no âmbito do processo administrativo, bem como proibindo os demais investigados de compartilharem os documentos e informações disponibilizados pelo signatário de leniência. De outro lado, não há qualquer norma que impeça ou estabeleça limites para que o Poder Judiciário determine ao CADE que dê acesso a esses documentos para fins de instrução das respectivas ações indenizatórias.” (CASSELTA, 2015, p. 159)

¹⁵³ Recurso referente a demanda judicial ajuizada pela Eletrolux do Brasil S/A visando obter indenização por danos ditos decorrentes da atuação de cartel atuante no mercado internacional de compressores herméticos de refrigeração, em relação ao qual havia, à época, processo administrativo em curso para aplicação de sanções por infração contra a ordem econômica (08012.000820/2009-11), iniciado em virtude de acordo de leniência celebrado no ano de 2009. Em março de 2016, o cartel foi condenado pelo CADE, com aplicação de multas que, somadas, perfazem o montante de R\$ 21,3 milhões.

Em síntese, o sigilo do acordo de leniência não pode se prostrar no tempo indefinidamente, sob pena de perpetuar o dano causado a terceiros, garantindo ao signatário do acordo de leniência favor não assegurado pela lei. (BRASIL, 2016e, p. 13)

Entendeu o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar esse caso, que o sigilo da proposta deve ser mantido apenas até o encerramento da fase de investigação da conduta, cujo termo final ficou definido como sendo o ato pelo qual a Superintendência-Geral apresenta, ao Tribunal Administrativo do CADE, relatório circunstanciado das investigações, com conclusão sobre a existência ou não de infração, nos termos do artigo 74 da Lei n.º 12.529/2011¹⁵⁴.

Partindo dessa premissa, decidiu aquela Corte que, ultrapassado esse momento processual, pode o CADE ser obrigado, por ordem judicial, a fornecer documentos relativos ao acordo de leniência, destinados à instrução de demandas individuais de reparação por danos causados pela infração noticiada¹⁵⁵.

Esse tipo de situação já havia ocorrido no caso do Cartel dos trens e metrô do Estado de São Paulo, revelado, pelo grupo multinacional *Siemens*, mediante celebração de acordo de leniência.

Após negativa do CADE em fornecer cópias dos autos inquérito administrativo, o Estado de São Paulo, visando à obtenção de elementos destinados à punição de eventuais crimes de responsabilidade e atos de improbidade

¹⁵⁴ Para definição desse momento processual como divisor entre o sigilo a publicidade, utilizou-se de analogia com o recebimento da denúncia, que, nos termos do artigo 7.º, §3.º, da Lei n. 12.850/13 (Lei de Combate a Organizações Criminosas), faz cessar a confidencialidade do acordo de colaboração premiada nela previsto: *“Traçando-se um paralelo entre o procedimento administrativo e o penal, detalhado na mencionada Lei n. 12.850/13, o envio deste relatório assemelha-se ao ato de recebimento da denúncia, momento em que se encerra o sigilo em razão da abertura do amplo contraditório. E mais, trata-se do limite a partir do qual entende-se haver elementos probatórios suficientes, de modo que a possibilidade de interferência nas investigações e no sucesso de seu resultado se esvai, não mais se justificando a restrição à publicidade.”* (BRASIL, 2016c, p. 12)

¹⁵⁵ Esse tipo de pedido vem sendo sistematicamente negado, na esfera administrativa, pelo CADE, justamente com a finalidade de garantir os incentivos à celebração de acordos de leniência (CALLIARI, *et al*, 322). As evidências apresentadas pelo delator, assim, somente são fornecidas a terceiros em caso de ordem judicial nesse sentido.

administrativa relacionados com as atividades do cartel, formulou pedido cautelar, dirigido ao Juízo da 3.^a Vara Federal Cível de São Bernardo do Campo/SP, de acesso aos autos de Ação de Busca e Apreensão ajuizada pela autarquia antitruste em face de um dos membros do cartel, nos quais se encontravam documentos e informações de caráter sigiloso, inclusive relacionadas com a delação deu início às investigações.

Esse pleito foi acolhido com base em interpretação extensiva da possibilidade – prevista no artigo 86, §9.^o, da Lei n.^o 12.529/2011 – de se ressaltar o sigilo da proposta de acordo de leniência com base no “*interesse das investigações*”, que, segundo o Magistrado, não deve se liminar às investigações relativas a infrações contra a ordem econômica, estendendo-se à perquirição de quaisquer transgressões cujo combate represente interesse público, *verbis*:

“Decerto que a sociedade e, mais especificamente, o Estado de São Paulo e o Ministério Público Estadual, por exemplo, têm justificado interesse de ter acesso aos termos do acordo de leniência e demais documentos que acompanharam a petição inicial da medida cautelar, para aprofundamento das investigações e apurações cabíveis por parte dos competentes órgãos estatais. Em caso de eventuais crimes e atos de improbidade, por exemplo, os prazos prescricionais estão em pleno curso e já adiantados senão ultrapassados, justificando a urgência no acesso ao que consta dos autos judiciais.

[...]

O próprio artigo 86, 9^o, da Lei n^o 12.529/2011 ressalva a possibilidade de que o acordo de leniência deixe de ser sigiloso “no interesse das investigações”, exceção que, embora destinada à autoridade administrativa, revela a possibilidade de publicizar a proposta, principalmente quando os fatos extravasam as infrações à ordem econômica e acabam por refletir noutras searas de interesse persecutório de toda a sociedade.”¹⁵⁶

¹⁵⁶ Decisão proferida, pelo Juízo da 3.^a Vara Federal Cível de São Bernardo do Campo/SP, nos autos da Ação Cautelar de Busca e Apreensão de n. 0004196-28.2013.4.03.6114, publicada no Diário do Judiciário eletrônico em 13.08.2013.

Essa decisão, que possibilitou o acesso, pelo Estado de São Paulo, dentre outros documentos, ao termo do acordo de leniência firmado pela Siemens e ao “histórico da conduta” elaborado pela Superintendência-Geral do CADE, levou ao ajuizamento de ação indenizatória contra a própria delatora, que poderá, assim, ver-se obrigada a promover o ressarcimento integral dos danos causados ao Ente Federado pelas fraudes praticadas pelo cartel.

Da mesma forma, de posse dos referidos documentos, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública contra todos os envolvidos na infração, pleiteando sejam eles condenados, de forma solidária, a indenizarem danos materiais de R\$ R\$ 374.935.419,88 – correspondentes à integralidade dos valores recebidos em virtude das licitações fraudadas – bem como danos morais coletivos de R\$ 112.480.625,97¹⁵⁷.

Trata-se, como se vê, de tendência extremamente perigosa para o bom funcionamento do programa de leniência. Não se discute que o Poder Judiciário, no exercício de suas funções constitucionais, possa determinar a divulgação de informações e documentos constantes de processos administrativos do CADE.

Nos Estados Unidos, inclusive, a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça somente permite a divulgação da identidade do delator e das informações por ele fornecidas em duas circunstâncias, quais sejam, quando ele expressamente permite, e quando há ordem judicial nesse sentido¹⁵⁸. Todavia, não há – em virtude da própria sistemática de funcionamento do *common law* norte-americano – norma legal que especifique os critérios para que a divulgação possa ser ordenada.

Na Europa, o assunto ganhou grande destaque a partir do ano de 2011, quando o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu, no julgamento do

¹⁵⁷ Conforme petição inicial da ação, disponibilizada pelo Ministério Público de São Paulo no *link*: http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2555380.PDF

¹⁵⁸ Nos termos do ‘FAQ’ publicado pela Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos com informações e instruções sobre o programa de leniência: “*The Division holds the identity of leniency applicants and the information they provide in strict confidence, much like the treatment afforded to confidential informants. Therefore, the Division does not publicly disclose the identity of a leniency applicant or information provided by the applicant, absent prior disclosure by, or agreement with, the applicant, unless required to do so by court order in connection with litigation.*” (HAMMOND, Scott D.; BARNETT, Belinda A. *Frequently Asked Questions Regarding The Antitrust Division’s Leniency Program and Model Leniency Letters*, 2008. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/810001/download>. Acesso em: 23 jun. 2015)

denominado “Caso Pfleiderer”¹⁵⁹, que a simples ausência de regulamentação no direito comunitário não poderia impedir o direito de terceiros lesados terem acesso a documentos fornecidos por signatários de acordo de leniência, de forma que caberia aos órgãos judiciais de cada Estado Membro decidirem, com base nas leis nacionais, em que condições esse acesso seria permitido, levando em conta as circunstâncias de cada caso e o equacionamento de conflitos entre os interesses tutelados pela legislação antitruste europeia¹⁶⁰.

A partir de então, iniciou-se uma forte discussão sobre a matéria, tendo em vista, sobretudo, a ausência de definição de parâmetros objetivos para guiar a atuação dos Juízes e Tribunais nacionais, o que poderia gerar decisões contraditórias (PIKE; RICHMOND, 2012, p. 137).

Com o objetivo de dar fim às incertezas geradas – ou, como bem aponta Casselta (2015, p. 152), *explicitadas* – pelo julgamento do “Caso Pfleiderer”, foi editada, no ano de 2014, a *Directive on Antitrust Damage Actions* (Diretiva n.º 104/2014), que regulamentou diversos aspectos das ações individuais de indenização por danos decorrentes de infrações anticoncorrenciais, sobretudo no que se refere à interface entre o direito das vítimas e a busca de eficiência do programa de leniência no combate a cartéis.

A mencionada norma, de um lado, impõe a necessidade de criação, pelos Estados Membros, de regras destinadas a auxiliar a obtenção de reparação pelos lesados que demonstrarem a probabilidade do direito invocado, inclusive com possibilidade de se ordenar, em determinadas condições, o fornecimento de

¹⁵⁹ Decisão proferida, em 14 de junho de 2011, pelo Plenário do Tribunal de Justiça da União Europeia, no julgamento do Processo n. C-360/09, *Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt*. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CJ0360&from=EN>.

¹⁶⁰ Dispositivo do acórdão, no original: “*On those grounds, the Court (Grand Chamber) hereby rules: The provisions of European Union law on cartels, and in particular Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 101 TFEU and 102 TFEU, must be interpreted as not precluding a person who has been adversely affected by an infringement of European Union competition law and is seeking to obtain damages from being granted access to documents relating to a leniency procedure involving the perpetrator of that infringement. It is, however, for the courts and tribunals of the Member States, on the basis of their national law, to determine the conditions under which such access must be permitted or refused by weighing the interests protected by European Union law.*”

informações e provas por terceiros e pelos próprios réus¹⁶¹, ou, ainda, o traslado de elementos sigilosos contidos em processo administrativo¹⁶². De outro lado, estabelece que os Tribunais nacionais não poderão determinar, em nenhuma hipótese, a revelação do conteúdo de acordos de leniência para instrução de ações de indenização por danos decorrentes de infrações concorrenciais¹⁶³.

Essa regra tem o evidente objetivo de conciliar o interesse das vítimas em obterem ressarcimento pelos prejuízos sofridos e o interesse coletivo na manutenção dos estímulos à delação:

Nesse sentido, a Diretiva procurou atingir um equilíbrio entre os dois valores acima descritos – reparação dos prejuízos e preservação dos incentivos à leniência – eis que: (i) a Diretiva possibilita, sob certas condições, o acesso dos prejudicados aos documentos incluídos nos procedimentos em curso perante autoridades concorrenciais (incluindo as evidências entregues às autoridades por signatários de acordos de leniência); e (ii) ao mesmo tempo, veda o acesso às confissões e demais declarações auto incriminadoras prestadas voluntariamente pelos beneficiários do acordo de leniência, para evitar que estes se vejam em posição mais desvantajosa do que os demais membros do cartel com relação às ações indenizatórias. (CASSELTA, 2015, p. 154)

¹⁶¹ “Article 5. Disclosure of Evidence. 1. Member States shall ensure that in proceedings relating to an action for damages in the Union, upon request of a claimant who has presented a reasoned justification containing reasonably available facts and evidence sufficient to support the plausibility of its claim for damages, national courts are able to order the defendant or a third party to disclose relevant evidence which lies in their control, subject to the conditions set out in this Chapter. Member States shall ensure that national courts are able, upon request of the defendant, to order the claimant or a third party to disclose relevant evidence.”

¹⁶² “Article 6. Disclosure of evidence included in the file of a competition authority. 1. Member States shall ensure that, for the purpose of actions for damages, where national courts order the disclosure of evidence included in the file of a competition authority, this Article applies in addition to Article 5.”

¹⁶³ “Article 6. [...] 6. Member States shall ensure that, for the purpose of actions for damages, national courts cannot at any time order a party or a third party to disclose any of the following categories of evidence: (a) Leniency statements [...]”

A disciplina dada ao tema na União Europeia, portanto, reconhece a importância de se evitar interferências externas negativas no programa de leniência¹⁶⁴, cujo sucesso interessa não só à coletividade – como titular do direito à higidez do sistema concorrencial – mas também a cada um dos indivíduos lesados, que têm facilitada a concretização do direito a reparação, como se encontra expresso no item 26 das considerações preliminares da Diretiva 2014/104:

Leniency programmes and settlement procedures are important tools for the public enforcement of Union competition law as they contribute to the detection and efficient prosecution of, and the imposition of penalties for, the most serious infringements of competition law. Furthermore, as many decisions of competition authorities in cartel cases are based on a leniency application, and damages actions in cartel cases generally follow on from those decisions, leniency programmes are also important for the effectiveness of actions for damages in cartel cases. Undertakings might be deterred from cooperating with competition authorities under leniency programmes and settlement procedures if self-incriminating statements such as leniency statements and settlement submissions, which are produced for the sole purpose of cooperating with the competition authorities, were to be disclosed. Such disclosure would pose a risk of exposing cooperating undertakings or their managing staff to civil or criminal liability under conditions worse than those of co-infringers not cooperating with the competition authorities. To ensure undertakings' continued willingness to approach competition authorities voluntarily with leniency statements or settlement submissions, such documents should be exempted from the disclosure of evidence.

No Brasil, apesar de inexistir regulamentação específica da matéria, é importante que relativização da confidencialidade dos acordos de leniência seja

¹⁶⁴ No mesmo sentido, comenta Luiza Andrade Machado (2015, p. 119) ao analisar a regra em estudo: *“Essa proibição decorre do entendimento da União Europeia acerca da importância desse instrumento na política de combate a cartéis e do risco de que essa divulgação exponha os cooperantes a condições piores do que os demais participantes do cartel que não cooperaram com as autoridades da concorrência, situação que reduziria os incentivos à delação.”*

feita, pelo Poder Judiciário, de forma ponderada, mediante análise das circunstâncias de cada caso. A não divulgação dos termos do acordo de leniência ao público em geral, mesmo após encerradas as investigações, pode ser plenamente justificada, em tese, pelo interesse público na manutenção de um programa de leniência que produza resultados eficientes no combate a cartéis (leia-se: capaz de criar suficientes incentivos à delação).

Adotando-se esse posicionamento, somente quando houver outro interesse coletivo de maior envergadura é que será possível a quebra do sigilo. E, a seguir essa linha de raciocínio, a pretensão individual de reparação por danos causados pela infração não seria, a princípio, suficiente para justificar o risco do desincentivo à delação, por se tratar, evidentemente, de interesse particular, que não deve se sobrepor ao interesse público acima mencionado.

Situação diversa poderia ocorrer, por exemplo, no caso de ação coletiva ajuizada em defesa do direito difuso à manutenção da higidez do mercado e da livre concorrência. Da mesma forma, é possível vislumbrar justificativa para que as provas existentes no processo administrativo sejam trasladadas para processo judicial quando este versar sobre a verificação da legalidade de ato, praticado pelo CADE, de imposição de sanções por prática de infrações administrativas.

Argumentos baseados na eficiência dos instrumentos jurídicos de defesa da concorrência, todavia, não costumam ter grande aceitação no meio jurídico brasileiro. A questão da manutenção dos incentivos à celebração de acordos de leniência, inclusive, foi levada à apreciação do Superior Tribunal de Justiça – por ocasião do julgamento do já citado Recurso Especial n.º 1.554.986/SP – pelo membro da Advocacia-Geral da União atuante no caso, que argumentou ser inviável a utilização das provas reveladas pelo delator para instruir processos de natureza cível contra ele, sob pena de colocá-lo em situação mais gravosa do que aquela dos demais envolvidos na infração.

O voto do relator, todavia, apesar de reconhecer a necessidade de que a extensão do sigilo para além do final das investigações seja justificada em *“circunstâncias concretas fundadas no interesse coletivo”*¹⁶⁵, sequer tangenciou a

¹⁶⁵ *“Nessa trilha parece razoável se concluir que, nos termos da legislação pertinente, o sigilo excepcionalmente estendido para além da proposta de acordo depende de circunstâncias concretas fundadas no interesse coletivo – seja ele o interesse das apurações, seja ele a proteção*

discussão sobre o interesse público na manutenção de um programa de leniência eficiente, rejeitando a alegação supramencionada com base na independência entre as esferas administrativa, penal e cível:

A propósito, nesse diapasão, não se sustenta o esclarecimento da Procuradoria Federal que expressamente declina a finalidade da mencionada previsão regimental no sentido de evitar que o signatário tivesse situação mais gravosa que os demais investigados pelo Cade (e-STJ, fl. 5.931).

Esse argumento se mostra extremamente falacioso, porquanto a “premiação” àquele que adere ao programa de leniência é restrita às esferas administrativas e penais, sem nenhuma menção legal à pretensão cível de eventuais lesados pelas condutas praticadas contra o mercado. (BRASIL, 2016e, p. 13)

A falta de integral compreensão do funcionamento do instituto em estudo também é evidenciada, no voto do Ministro relator, na parte em que sustenta não ser possível *“imaginar que os profissionais do Cade, no exercício do poder de polícia, dependam de uma relação de confiança com o agente de mercado, o qual é por ele, a rigor, fiscalizado.”* (BRASIL, 2016e, p. 15). Ora, como ajuste de concessões mútuas que é, o acordo de leniência depende, em sua essência, de uma relação de confiança entre as partes. Se o agente não confia nas autoridades, não terá incentivos para revelar a conduta.

4.2.8. Leniência *plus*

A Lei n.º 12.529/2015, assim como sua antecessora, prevê, em seu artigo 86, §§7º e 8º, a denominada leniência *plus*. Por meio desse mecanismo, o agente que não se qualificar para celebrar acordo relativo a determinada infração pode, até a remessa do processo administrativo para julgamento, delatar outro ilícito do qual também seja parte, em relação ao qual o CADE não tenha qualquer conhecimento

de segredos industriais, que, ao fim e ao cabo, resultam igualmente na proteção da concorrência, interesse coletivo tutelado institucionalmente pelo Cade.” (BRASIL, 2016, p. 10)

prévio, situação na qual obtém não só imunidade em relação à nova conduta revelada, mas também redução de um terço na penalidade aplicável à primeira.

Trata-se de instrumento inspirado no programa norte-americano – e com previsão semelhante também no europeu – que tem como foco principal a detecção de cartéis com atuação em mais de um mercado.

No Brasil, o mecanismo foi utilizado pela primeira vez no ano de 2015, quando foram celebrados 3 acordos de leniência *plus*, sendo que o mais relevante teve por beneficiária empresa que, envolvida em cartel – já sob investigação em razão de acordo de leniência – atuante em licitações da Petróleo Brasileiro S/A - Petrobrás, destinadas à contratação de obras no setor de combustíveis, revelou sua participação em organização atuante em outro mercado, qual seja, de licitações realizadas pela Eletrobrás Termonuclear S/A para contratação de serviços relacionados à construção da “Usina Nuclear Angra 3”¹⁶⁶.

Nos Estados Unidos, muito se defende que a introdução da leniência *plus* produziu resultados significativos, sobretudo em virtude do aumento na detecção de cartéis internacionais (HAMMOND, 2005, p. 10) e de casos de grande repercussão nos quais foram descobertos acordos colusivos em mercados interligados entre si, mediante sucessivas delações, como ocorreu com os cartéis da lisina, do ácido cítrico, do gluconato de sódio, do eritorbato de sódio e do maltol (MAZZUCATO, 2004, pp. 52-53).

Inexistem, todavia, evidências concretas de que todas essas descobertas não teriam ocorrido na ausência da leniência *plus*, sendo que há, na literatura, grande controvérsia sobre os reais efeitos desse mecanismo (WILS, 2007, p. 44).

Não há dúvidas de que, uma vez descoberto um cartel e não havendo possibilidade de obtenção de leniência em relação a ele, a redução de penalidades mediante delação de outra infração, se suficientemente atrativa, pode ser a solução eficiente para o agente envolvido em ambas. Dessa forma, a leniência *plus* é capaz, por evidente, de aumentar o número de cartéis detectados.

Do ponto de vista da prevenção, todavia, o mecanismo pode ser contraproducente, na medida em que gera um incentivo para que os agentes

¹⁶⁶ Foram disponibilizados, no site do CADE, versões públicas dos “Históricos da Conduta” da empresa beneficiária desse acordo, relativos às duas infrações. Maiores detalhes, fornecidos pela assessoria de comunicação social do CADE, no link: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-com-construtora-camargo-correa-na-investigacao-de-cartel-em-licitacoes-da-petrobras>

participem de mais de um cartel ao mesmo tempo, em diferentes mercados, a fim de poderem se valer da leniência *plus* para reduzir as penalidades totais em caso de uma das infrações vir a ser revelada às autoridades (WILS, 2007, p. 44).

Nessas circunstâncias, podem surgir acordos colusivos que, em condições normais, não se formariam. Os cartéis interligados entre si por membros em comum estabilizam-se uns aos outros ao proporcionarem a seus membros, por meio da leniência *plus*, a redução das perdas esperadas em cada uma das infrações, como verificaram numericamente, a partir de um modelo com dois mercados assimétricos, Peter T. Dijkstra e Lambert Schoonbeek (2011, pp. 33):

In this Asymmetric multimarket model, firms might use their excessive gains in the first market to induce a cartel on the second market. That is, if all firms consider the markets jointly, then it might be possible to create stable cartels on both markets together, even though it is only possible to sustain a stable cartel on the first market if we consider each market in isolation.

We showed that imposing a Leniency Program without Amnesty Plus makes it harder to sustain the cartels jointly. Next, under Amnesty Plus more cartels might be reported after a cartel has been detected. However, *ex ante* Amnesty Plus might stabilize cartel formation.

Há, portanto, o risco de que agentes já envolvidos em conduta colusiva se utilizem da leniência *plus* como forma de viabilizar a formação de cartéis em outros mercados, sabendo que, em caso de detecção de uma das infrações, será possível a redução das penalidades aplicáveis mediante delação de outra.

Em razão disso, concluem os autores supramencionados que o mecanismo em referência somente produzirá resultados eficientes – *i.e.* menos cartéis do que em uma situação em que apenas é oferecida a leniência comum – quando a probabilidade de identificação das infrações independentemente de delação for muito baixa e, concomitantemente, os benefícios oferecidos ao agente que se utiliza da leniência *plus* forem suficientemente altos, já que, nesse caso, as poucas condutas reveladas pela autoridade antitruste levarão à obtenção de informações sobre outras, aumentando, assim, a taxa geral de detecção.

A possibilidade de utilização estratégica da leniência *plus* pelos infratores pode, todavia, ser contornada mediante adoção de instrumentos que tornem inviável

a obtenção de benefícios similares por todos os envolvidos em cartéis interligados, como, por exemplo, a previsão de penalidades maiores para o participante de uma infração noticiada por meio desse instrumento que tenha se valido, anteriormente, da leniência comum em relação a outra, optando deliberadamente por não revelar todos os acordos colusivos de que participava (MARTINS, FIDELIS, 2016, p. 8).

4.2.9. Resultados

Segundo dados do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE)¹⁶⁷, foram celebrados, entre os anos de 2003¹⁶⁸ e 2014, um total de 40 acordos de leniência e 9 termos aditivos. Em 2015, foram firmados 10 acordos e 5 aditivos. Até 24 de maio do ano de 2016, mais 8 acordos e 4 aditivos.

Pode-se perceber, nos últimos anos, um vertiginoso aumento no interesse por esse mecanismo, sobretudo após a edição da Lei n.º 12.529/2011. Entre maio de 2012 – quando teve início a vigência daquele diploma – e outubro de 2016, foram assinados 36 acordos, o que representa cerca de 60% do total de 58 acordos assinados nos mais de 15 anos decorridos desde a criação do programa.

Ademais, em 2015, houve um número recorde de interessados na obtenção dos benefícios do programa de leniência, sendo que, para cada um dos dez acordos celebrados naquele ano, em média duas propostas foram rejeitadas ou houve desistência (BRASIL, 2016a, p. 19)¹⁶⁹.

Também se nota, de outro lado, um expressivo aumento no número de processos envolvendo cartéis decididos pelo CADE. Enquanto a média histórica era de 4 casos de condutas colusivas julgados por ano (MARTINS, FIDELIS, 2016, p. 5), no ano de 2015 foram decididos 21, e, até outubro de 2016, outros 16.

¹⁶⁷ Disponibilizados no link: <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>

¹⁶⁸ O primeiro acordo celebrado no país, em 2003, envolveu cartel promovido por empresas prestadoras de serviços de vigilância no Estado do Rio Grande do Sul, que se dedicava a fraudar licitações públicas.

¹⁶⁹ Para Amanda A. L. Martins e Andressa Lin Fidelis (2016, pp. 6-7) o grande número de propostas rejeitadas ou retiradas em 2015 demonstra que o CADE vem adotando uma postura cada vez mais rígida na celebração de acordos de leniência, exigindo evidências robustas e dispensando casos mais “fracos”, nos quais o interessado não é capaz de fornecer provas suficientes da conduta anticoncorrencial noticiada.

Ao todo, foram apreciados 6 casos de cartéis revelados por acordos de leniência, quais sejam, o dos Vigilantes do Rio Grande do Sul¹⁷⁰, o dos Peróxidos¹⁷¹, o de Cargas Aéreas¹⁷², o de Mangueiras Marítimas¹⁷³, o de Perborato de Sódio¹⁷⁴ e o dos Compressores¹⁷⁵. Em todos eles houveram condenações.

No que se refere às multas aplicadas, somam, desde maio de 2012, aproximadamente 4,2 (quatro vírgula dois) bilhões de reais (BRASIL, 2016b, p. 09)¹⁷⁶, sendo que mais da metade dessas penalidades decorreu do julgamento de um único caso, em que foram condenadas empresas, associações e pessoas físicas pela formação de cartel no mercado de produção de cimento (processo administrativo n. 08012.011142/2006-79).

Esses dados demonstram o inequívoco aprimoramento do Programa Brasileiro de Leniência – e da política de defesa da concorrência como um todo – promovido pela Lei n. 12.529/2011, que, nas palavras de Amanda Athayde L. Martins e Andressa Lin Fidelis (2016, pp. 5-6), representou o marco inicial da “fase de consolidação” do instituto no país.

É preciso ter em mente, entretanto, que tais números, apesar de indicarem que o Brasil é, atualmente, uma referência – até mesmo para países desenvolvidos – na utilização da leniência como instrumento de combate a cartéis (MARTINS, FIDELIS, 2016, p. 4), ainda apresentam pouca expressividade quando comparados com as estatísticas relativas a programas mais bem consolidados, como o norte-americano e o comunitário europeu.

O número de acordos celebrados nos Estados Unidos cresceu vertiginosamente após a revisão do Programa de Leniência. Entre 1978 (ano em que instituída a versão original) e 1993, foi celebrado, em média, um acordo por ano. A

¹⁷⁰ Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10, julgado em 21/09/2007.

¹⁷¹ Processo Administrativo nº 08012.004702/2004-77, julgado em 09/05/2012.

¹⁷² Processo Administrativo nº 08012.011027/2006-02, julgado em 28/08/2013.

¹⁷³ Processo Administrativo nº 08012.010932/2007-18, julgado em 25/02/2015.

¹⁷⁴ Processo Administrativo nº 08012.001029/2007-66, julgado em 25/02/2016.

¹⁷⁵ Processo Administrativo nº 08012.000820/2009-11, julgado em 16/03/2016.

¹⁷⁶ No ano de 2016, todavia, o valor das multas aplicadas apresenta uma queda vertiginosa em relação aos anos anteriores. Até o mês de setembro, as sanções perfaziam pouco mais de R\$ 170.000.000,00 (cento e setenta milhões de reais), conforme dados disponibilizados pelo CADE no site <http://cadenumeros.cade.gov.br/QuAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>.

partir de 1994, essa média subiu para um acordo por mês, culminando, em 2003, com uma média mensal de três ajustes (GRIFFIN, 2003, p. 8).

Esse grande número de acordos de leniência contribuiu para um significativo dilatamento do valor das multas aplicadas pela Divisão Antitruste do Departamento de Justiça norte-americano (apesar de não ser possível afirmar se esse foi o fator único ou mesmo determinante desses resultados).

No intervalo de 14 anos compreendido entre 1978 e 1992, foram aplicados aproximadamente 284 (duzentos e oitenta e quatro) milhões de dólares em multas a empresas condenadas por infrações antitruste. Esse valor foi superado, após a reforma, no interregno de apenas 5 anos compreendido entre 1993 e 1997, em que o total das multas ultrapassou a cifra de 348 (trezentos e quarenta e oito) milhões de dólares. A partir do ano de 1998, os valores passaram a ser ainda mais expressivos, com uma média anual de cerca de 598 (quinhentos e noventa e oito) milhões de dólares em multas aplicadas a empresas até 2015¹⁷⁷.

Somente entre os anos de 1996 e 2010, foram impostos, nos Estados Unidos, mais de 5 (cinco) bilhões de dólares em multas por condutas anticoncorrenciais, sendo que em mais de 90% dessas condenações a autoridade antitruste foi auxiliada por acordos de leniência (HAMMOND, 2010, p.3).

Na Europa, também pode se perceber um expressivo aumento no número de acordos celebrados – e, concomitantemente, no valor das multas aplicadas – após a reformas promovidas no programa de leniência nos anos de 2002 e, sobretudo, de 2006.

Somente no intervalo de 4 anos compreendido entre a primeira e a segunda revisões, foram recebidas 167 propostas de acordos (SALOMI, 2012, p. 150). Entre os anos de 2006 e 2015, a Comissão Europeia proferiu 54 condenações em casos de cartéis, sendo que, em 46 deles, houve concessão de imunidade com base no programa de leniência (WILS, 2016a, pp. 8-9)

Em relação às multas, ultrapassaram, no intervalo de 5 (cinco) anos compreendido entre os anos de 2005 e 2009, a casa dos 7,9 (sete vírgula nove) bilhões de euros, o que resulta em uma média anual – mantida relativamente constante até a atualidade – de aproximadamente 1,6 (um vírgula seis) bilhão de

¹⁷⁷ Dados fornecidos pela Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, no *site* <https://www.justice.gov/atr/division-operations>.

euros, superior, em muito, à média dos 14 anos anteriores – 1990 a 2004 – que girou em torno de 270 (duzentos e setenta) milhões¹⁷⁸.

Os dados sobre o número de acordos firmados, de cartéis descobertos e de multas aplicadas, como já dito, não representam, por si, indicadores confiáveis da eficiência do instituto da leniência no combate aos cartéis.

Todavia, a comparação entre essas estatísticas demonstra que ainda há espaço para aprimoramento dos mecanismos de defesa da concorrência no Brasil, por não ser crível que as diferenças encontradas decorram da existência, entre nós, de menor número de cartéis do que nos Estados Unidos e na Europa, sobretudo tendo em vista o grande número de condutas colusivas investigadas e processadas pela autoridade antitruste brasileira¹⁷⁹, bem como a debilidade da cultura da concorrência em nosso país.

4.2.10. Fatores externos

Como visto no Capítulo III, item 3.4.4 *supra*, os resultados de um programa de leniência são condicionados não só pela configuração do instituto em si, mas, também, por fatores da política de defesa da concorrência que lhe são externos, dentre os quais se destacam a rigidez das sanções previstas para as práticas colusivas e a probabilidade de detecção independente de cartéis pelas autoridades antitruste.

No que se refere às penalidades, vislumbra-se, nas duas jurisdições tomadas no presente estudo como base de comparação, uma tendência histórica de sua majoração, geralmente acompanhada de reformas nos mecanismos de leniência, tendentes a torná-los mais generosos (WILS, 2007, p. 28)¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Dados fornecidos pela Comissão Europeia, no *site* <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>.

¹⁷⁹ Segundo dados do CADE (BRASIL, 2016b, p. 10), somente entre os anos de 2013 e 2015, foram 145 casos julgados pelo Tribunal Administrativo, com 100 condenações. Até 24 de maio de 2016, foram 14 decisões, com 10 condenações.

¹⁸⁰ Ressalte-se que, como bem destaca Wils (2007, p. 28), não há comprovação da existência de efetiva relação de causalidade entre aumentos dos benefícios para signatários de acordos de leniência e de sanções aplicáveis aos membros de cartéis.

Nos Estados Unidos, o *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act*, editado no ano de 2004, ao mesmo tempo em que expandiu os benefícios da leniência para o campo da responsabilidade civil¹⁸¹ promoveu uma expressiva elevação das penalidades aplicáveis em caso de condutas acertadas entre agentes de mercado destinadas a restringir a concorrência.

A multa máxima para as pessoas jurídicas, que antes era de 10 (dez) milhões de dólares, passou a ser de 100 (cem) milhões de dólares. Já no caso das pessoas físicas, a multa máxima foi aumentada de 350 (trezentos e cinquenta) mil dólares para U\$ 1 (um) milhão de dólares.

Além disso, também foi enrijecida a repressão criminal desse tipo de conduta, com o aumento da pena máxima, que antes era de 3 (três) anos de prisão, para 10 (dez) anos de prisão.

Já na União Europeia, tanto a introdução do programa de leniência, em 1996, quanto sua última revisão, em 2006, foram acompanhadas de reformulações nas diretrizes para a fixação das penalidades¹⁸², sendo que, atualmente, as multas aplicadas são significativamente maiores do que no passado, em virtude da adoção do valor das vendas do infrator como critério para fixação da base de cálculo, em substituição a montantes pré-fixados (WILS, 2007, p. 28).

Desviando-se dessa tendência, o Brasil promoveu, com a Lei n.º 12.529/2011, a redução das sanções aplicáveis a agentes envolvidos na prática de infrações concorrenciais.

Antes, eram previstas multas que variavam entre 1% (um por cento) e 30% (trinta por cento) do faturamento bruto obtido pela empresa no exercício anterior à instauração do processo administrativo, ficando os administradores submetidos a penalidades correspondentes a 10% (dez por cento) a 50% (cinquenta por cento) do valor da sanção aplicada à pessoa jurídica.

Com a atual Lei de Defesa da Concorrência, esses valores foram reduzidos para 0,1% (um décimo por cento) até 20% (vinte por cento) do faturamento bruto no exercício imediatamente anterior, para as empresas, e 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquele montante para as pessoas físicas.

¹⁸¹ Sobre o tema, Cf. item 4.2.8 *supra*.

¹⁸² “*Guidelines on the Method of Setting Fines*”, publicadas, respectivamente, nos anos de 1998 e 2006, disponíveis em <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/fines.html>

As sanções criminais aplicáveis aos indivíduos envolvidos na formação de cartel, de outro lado, foram mantidas inalteradas, sendo o mínimo de 2 (dois) e o máximo de 5 (cinco) anos de reclusão. Uma relevante alteração, todavia, foi a exclusão da possibilidade, até então existente, de substituição da pena restritiva de liberdade por multa.

No que se refere, de outro lado, à dotação orçamentária das autoridades antitruste – que, como visto, se relaciona diretamente com os níveis de detecção independente de cartéis – vislumbra-se, nos últimos anos, um crescimento, a taxas constantes, do valor bruto do orçamento da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos.

Nos anos de 2013, 2014, 2015 e 2016, a provisão de recursos foi de, respectivamente, U\$158 milhões, U\$160 milhões, U\$162 milhões, e U\$165 milhões¹⁸³. Apesar de não serem esses montantes destinados, em sua totalidade, às atividades de investigação de cartéis, nota-se, pelas elevadas cifras, a preocupação com a manutenção das atividades da autoridade antitruste em um nível satisfatório.

Na União Europeia, em que pese também ser constatado um investimento sempre crescente, os números são bem menos expressivos. Entre 2014 e 2016, foram destinados, em média, €17,6 milhões para promoção da concorrência, sendo que, nesse valor, estão incluídos gastos com infraestrutura, incentivo à inovação, dentre outros.¹⁸⁴

Já no Brasil, as reformas na organização estrutural do CADE introduzidas pela Lei n.º 12.539/2011 – que entrou em vigor em maio de 2012 – foram acompanhadas de uma série de três anos consecutivos de significativos aumentos na dotação orçamentária da autarquia, que passou de pouco mais de R\$ 10 milhões em 2011 para aproximadamente R\$ 31,6 milhões em 2014.

Todavia, no ano de 2015 houve uma pequena contração nos recursos destinados à autarquia concorrencial, que não chegaram a R\$ 31,2 milhões, apesar de ter havido um aumento – ainda que pequeno – nas despesas gerais do Ministério da Justiça, que é o Órgão Gestor a que se vincula o CADE.

¹⁸³ Dados publicados pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos no *site*: https://www.justice.gov/sites/default/files/jmd/pages/attachments/2015/01/30/19_bs_section_ii_chapter_-_atr.pdf

¹⁸⁴ Estatísticas fornecidas pela Comissão Europeia no endereço eletrônico: http://ec.europa.eu/budget/annual/index_en.cfm?

Os investimentos realizados entre 2011 e 2015 geraram resultados positivos, que pareciam sinalizar que o combate a cartéis no Brasil não seria relegado somente aos casos em que houvesse leniência, como apontam Amanda A. L. Martins e Andressa Lin Fidelis (2016, p. 7):

Additionally, it is important to notice that cartel prosecution in Brazil does not depend exclusively on the Leniency Program. In fact, over the last five years, 70 different administrative proceedings of cartels were opened, while only 17 new Leniency Agreements were signed. Companies and individuals involved in cartels are increasing their awareness of Cade's *ex officio* expertise to detect and fight domestic and international cartels — including through the innovative use of screening intelligence —, encouraging an early approach of the offenders to apply to Cade for leniency.

Ocorre que, em 2016, desenhou-se uma queda brusca na dotação orçamentária do CADE, sendo que foram os recursos destinados às suas atividades não chegaram a R\$ 30 milhões.¹⁸⁵¹⁸⁶

Em que pese esse cenário ter, ao que tudo indica, ligação direta com o momento de instabilidade política e retração econômica vivido pelo país, demonstra claramente a ausência, entre nós, de um mínimo grau de estabilidade nos investimentos destinados à Política de Defesa da Concorrência, o que pode, por óbvio, ter efeitos negativos nas taxas de detecção de cartéis e, por consequência, nos incentivos oferecidos pelo programa de leniência.

No que se refere, de outro lado, à cooperação internacional – que, como visto no Capítulo III, item 3.4.4, se torna cada vez mais essencial para o bom desempenho das autoridades antitruste no combate a cartéis – o Brasil vem

¹⁸⁵ Informações extraídas do Portal da Transparência do Governo Federal do Brasil: www.portaldatransparencia.gov.br

¹⁸⁶ Registre-se que em todo o período analisado – 2011 a 2016 – as maiores despesas do CADE foram, em primeiro lugar, com pagamento de serviços de terceiros, relacionados com o funcionamento da instituição (como segurança, brigada de incêndio, aluguel de veículos, etc.), aos quais foram destinados, em média, 60% dos recursos anuais da autarquia, e, em segundo lugar, com o pagamento de pessoal, que correspondeu a cerca de 20% das despesas anuais.

buscando firmar acordos bilaterais para troca de informações e colaboração técnica com organismos como o Banco Interamericano de Desenvolvimento e o Banco Mundial, bem como com autoridades de outros países, incluindo Argentina, Peru, Estados Unidos, Canadá, França, Portugal, Rússia, China, Coréia do Sul e Japão.

O CADE também tem tido participação ativa nos fóruns regionais e mundiais sobre o tema, como o comitê de concorrência e os grupos de trabalho da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) – nos quais atua como observador – e, da Rede Internacional da Concorrência (International Competition Network – ICN).

O trabalho desenvolvido por esse último organismo tem sido de grande relevância não só na troca de experiências entre diferentes autoridades antitruste, mas, principalmente, no desenvolvimento de métodos eficientes de investigação simultânea de cartéis atuantes em diferentes jurisdições, como anota Scott D. Hammond (2010, p. 15):

One of the interesting developments in international cartel cooperation can be found in the work of the International Competition Network's (ICN) Cartel Working Group. Initiated in 2004, this working group is an important forum for agencies to share expertise regarding the challenges of cartel enforcement. Informed by input and experiences of the participating agencies, the working group seeks to identify the best investigative techniques and policy approaches from around the world. A main focus of ICN work in the cartel area is assisting agencies in honing their operational and practical skills.

[...]

The ICN has assisted cartel enforcers in developing cross-border relationships that have resulted in real-time coordination among enforcers conducting parallel investigations of the same cartel. In addition, the proliferation of effective leniency programs has resulted in an increasing number of applicants seeking leniency simultaneously in multiple jurisdictions. Enforcers can then coordinate investigative steps, share – with the applicant's consent – information provided by a mutual leniency applicant, and coordinate searches. Coordinated searches and other investigative steps are becoming more prevalent.

Há, também, um terceiro fator externo, que diz respeito não à política de defesa da concorrência em si, mas à sua relação com os mecanismos de combate a transgressões relacionadas com a colusão.

Como já visto no item 4.2.4 *supra*, o artigo 87 da Lei n. 12.529/2011, estabelece, como um dos benefícios garantidos ao agente que celebra acordo de leniência e cumpre integralmente suas obrigações, a extinção da punibilidade relativa aos crimes contra a ordem econômica (tipificados na Lei n.º 8.137/90) e nos “*demais crimes diretamente relacionados à prática do cartel*”.

Há, todavia, um grave problema de coordenação, já que inexistente norma legal expressa que determine a participação, nesses acordos, do Ministério Público, detentor exclusivo da função persecutória relativa a crimes de ação penal pública, o que gera questionamentos sobre a possibilidade de limitar sua atuação em razão de ato praticado pelo CADE.

Apesar de não encontrarem fundamentos¹⁸⁷, é certo que esses questionamentos sobre a juridicidade do Programa de Leniência representam fator gerador de forte insegurança para os potenciais interessados, que, após a assinatura de acordos e cumprimento das obrigações pactuadas, podem ser surpreendidos por entendimentos jurídicos que, de forma temerária, afastem os benefícios legitimamente esperados na esfera criminal.

Por essa razão, o CADE tem se esforçado para garantir a participação do Ministério Público nos acordos de leniência, a fim de gerar a necessária segurança para os potenciais interessados na utilização do mecanismo. O ideal, todavia, seria uma modificação legislativa para tornar obrigatória essa intervenção, a fim de extirpar os riscos envolvidos e, assim, assegurar os incentivos à delação.

No que se refere, de outro lado, a crimes não relacionados diretamente com a formação do cartel, bem como a transgressões de cunho meramente administrativo que também podem decorrer da colusão, o delator fica desprotegido.

Essa questão tem tomado grande relevância após a edição da Lei n.º 13.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, uma vez que é comum

¹⁸⁷ A respeito, v. item 4.2.4 *supra*.

– e extremamente danosa¹⁸⁸ – a formação de cartéis com o objetivo de fraudar licitações públicas, o que geralmente é viabilizado por meio da corrupção de agentes estatais (MARTINS, FIDELIS, 2016, p. 8).

O mencionado Diploma, claramente inspirado na legislação antitruste, estabelece um programa de leniência próprio, por meio do qual as pessoas jurídicas envolvidas em atos lesivos contra a administração pública podem obter a redução das sanções administrativas aplicáveis, mediante celebração de acordos com as autoridades máximas das instituições afetadas, nos quais se comprometam a cooperar com as investigações e o processo administrativo¹⁸⁹.

Não há, todavia, previsão de imunidade relativamente aos crimes contra a administração pública, decorrentes dos mesmos atos, até porque a Lei apenas se aplica a pessoas jurídicas.

Ocorre que, apesar de os crimes previstos na Lei de Licitações Públicas (n.º 8.666/90) estarem abrangidos pela leniência antitruste, os crimes de corrupção passiva e ativa – tipificados, respectivamente, nos artigos 317 e 333 do Código Penal – não têm a mesma sorte, por se relacionarem apenas indiretamente com a formação do cartel, como constatou Maíra Beuchamp Salomi (2012, pp. 228-229):

Os demais delitos eventualmente praticados pelo candidato a leniente, ainda que cometidos sob o mesmo contexto fático e, de alguma forma, relacionados à formação de cartel, não serão abrangidos pelos benefícios penais. [...]

Á guisa de exemplo, tem-se a prática de homicídios de concorrentes, corrupção de funcionários públicos, porte ilegal de armas e lavagem de dinheiro, que, apesar de poderem estar relacionados com a prática do delito concorrencial, não são crimes-meio para a formação do cartel tampouco necessários para a sua consumação.

¹⁸⁸ Como anotam Reinaldo Diogo Luz e Giancarlo Spagnolo (2016, p. 5), os gastos em licitações públicas perfazem, nos países desenvolvidos, patamares de 15% a 20% do Produto Interno Bruto, sendo que a participação de cartéis gera sobrepreços estimados em 20% ou mais, acarretando, assim, em grande desperdício de recursos públicos, com forte impacto negativo na qualidade da infra-estrutura e dos serviços fornecidos pelo Estado aos cidadãos.

¹⁸⁹ Sobre o tema, v. Cap. I, item 1.3, *supra*.

Nessas circunstâncias, mesmo que uma empresa envolvida em acordo colusivo destinado a eliminar a concorrência em licitação pública celebre os acordos de leniência previstos nas Leis n. 12.529/2011 e n. 13.846/2013, seus administradores e executivos ainda estarão sujeitos à responsabilidade criminal por eventual corrupção de agentes públicos, que somente poderá ser afastada por meio de mecanismos de leniência previstos na legislação penal, os quais não são automáticos, dependendo da discricionariedade do Juiz.

Esse fato gera evidente desincentivo à delação no caso de cartéis que se utilizem, para viabilizar a fraude em licitações públicas, da corrupção de agentes estatais, como apontam Reinaldo Diogo Luz e Giancarlo Spagnolo (2016, pp. 12-13):

As mentioned earlier, and contrary to the Brazilian Competition Law, the Brazilian Anti-corruption Law does not offer protection to collaborating individuals from criminal prosecution, and it is individuals that are ultimately responsible for the decision to report the illegal act. According to this Law, the liability of the legal person does not prevent the individual accountability of its managers and directors, or of any other natural person that took part in the illegal act.⁷¹ Moreover, under the presently available mechanisms to award leniency under Brazilian criminal law, there is no guarantee for a wrongdoer who blows the whistle that he or she will obtain any reduction after confessing to participation in the offense, which substantially reduces the motivation for exposing corruption and collaborating with the authorities in its prosecution.

O ideal, sustentam os autores, seria a extensão dos benefícios do programa de leniência previsto pela Lei Anticorrupção também aos indivíduos envolvidos na transgressão, sobretudo mediante concessão de imunidade criminal (LUZ; SPAGNOLO, 2016, p. 26).

Ademais, também é essencial o estabelecimento de formas de atuação coordenada entre as autoridades competentes para operação de ambos os programas de leniência – antitruste e anticorrupção – de modo a unificar os processos de negociação e celebração, gerando, para o interessado em revelar a conduta, a segurança de que será agraciado com os benefícios prometidos nas duas esferas (LUZ, SPAGNOLO, 2016, p. 14; MARTINS, FIDELIS, 2016, p. 8).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A leniência representa, atualmente, um dos mais importantes mecanismos jurídicos de combate aos cartéis. Ao promover o incremento da instabilidade interna inerente a essas organizações, o instituto em referência atua diretamente nos estímulos à colusão, e, ao mesmo tempo em que reduz os ganhos esperados com a conduta colusiva, por diminuir o tempo estimado de sua duração, também aumenta as perdas a serem potencialmente enfrentadas pelos participantes, por majorar a probabilidade de detecção e punição da infração.

Especificamente no que se refere ao Programa Brasileiro de Leniência antitruste, sua configuração se mostra, em grande medida, adequada ao modelo ideal que vem sendo traçado, pela literatura especializada, como necessário para a produção de resultados positivos no combate a cartéis.

Essa conclusão é confirmada pelas estatísticas recentes, que indicam um expressivo aumento do interesse pela utilização da leniência, sobretudo a partir da entrada em vigor da Lei n. 12.529/2011, a qual, apesar de não ter promovido grandes mudanças na configuração do instituto em si, aprimorou a política de combate a cartéis em geral, sobretudo com mudanças estruturais.

É evidente, todavia, que ainda há espaço para aprimoramento do instituto. E assim porque, em primeiro lugar, a disciplina legal da leniência no Brasil foi diretamente inspirada nos programas norte-americano e comunitário europeu, que já sofreram relevantes alterações – fruto de décadas de estudos – não acompanhadas entre nós. Em segundo lugar, porque as estatísticas brasileiras sobre o número de acordos celebrados, a quantidade de cartéis condenados, e o valor das multas aplicadas, ainda são pouco expressivas quando comparadas com os números daquelas duas outras jurisdições, o que pode ser explicado pela maior eficiência da leniência nos Estados Unidos e na Europa¹⁹⁰.

A partir da análise teórica promovida ao longo do presente trabalho, é possível afirmar que a maximização da eficiência do mecanismo da leniência no

¹⁹⁰ Outra explicação seria a existência, entre nós, de um menor número de cartéis, o que, todavia, não parece uma hipótese crível, tendo em vista, sobretudo, o grande número de condutas colusivas investigadas e processadas pela autoridade antitruste brasileira e a incipiência da cultura da concorrência no país.

combate a cartéis – e a organizações criminosas em geral – depende do incremento dos incentivos racionais à delação, que, por sua vez, estão diretamente relacionados com (i) a segurança sobre o funcionamento do mecanismo; (ii) os benefícios oferecidos ao participante que revelar a infração; e (iii) as perdas esperadas pelos agentes que não colaboram com as autoridades forma espontânea.

Com relação ao item (i), o CADE, além de ter demonstrado coerência e sobriedade em todos os casos em que foram celebrados acordos de leniência, vem se esforçando para dar maior transparência às suas atividades em geral, com a publicação de guias institucionais nos quais são esclarecidas questões potencialmente causadoras de insegurança.

A reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência promovida pela Lei n. 12.529/2011, de outro lado, parece ter aumentado a sua confiabilidade, sobretudo em razão da substituição de um órgão de investigação diretamente subordinado ao governo federal (a antiga Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça), por outro autônomo e, em tese, desvinculado de interesses políticos (a Superintendência-Geral do CADE).

Apesar disso, é importante ter em mente que os cargos dotados de atribuições de investigação, persecução, instrução processual e julgamento de infrações contra a ordem econômica ainda hoje estão sujeitos – mesmo que em menor escala do que no passado – à perda de isenção em virtude dos critérios de indicação e cassação eminentemente políticos.

Ademais, permanecem outros pontos de incerteza sobre o funcionamento do Programa Brasileiro de Leniência, o que, indubitavelmente, gera insegurança e limita os incentivos à delação.

Há, em primeiro lugar, situações nas quais a atuação da autoridade antitruste excede, sem autorização, as prescrições legais, o que, em um ordenamento jurídico no qual a função administrativa é submetida ao princípio da estrita legalidade, gera sérios riscos de contestação, em juízo, da validade de determinados atos da autoridade antitruste na negociação e celebração dos acordos, com possibilidade de prejuízos aos signatários.

É o que ocorre, por exemplo, com a extensão dos benefícios aos ex-funcionários da empresa signatária do acordo, prevista no Regimento Interno do CADE, bem assim com a possibilidade de se exigir que o delator continue participando da infração na condição de informante, para viabilizar a obtenção de

evidências suficientes à condenação dos demais envolvidos, mencionada em publicação oficial da autarquia antitruste.

O mesmo se aplica às regras de publicidade, pois, em que pese a lei apenas garantir o sigilo da proposta, há, no regimento interno do CADE, previsão de medidas destinadas a restringir o acesso ao conteúdo de atos posteriores. Apesar de sua importância para assegurar os incentivos à delação, essas regras necessitam de previsão legal expressa, sob pena de supressão por meio de decisões judiciais que, sem integral compreensão do funcionamento do instituto, determinem o fornecimento, a terceiros, documentos relativos aos acordos celebrados, contendo informações sensíveis para os signatários, como já aconteceu nos casos dos cartéis dos compressores herméticos de refrigeração e dos trens e metrô de São Paulo.

Em segundo lugar, tem-se pontos sobre os quais a autoridade antitruste, apesar de ter certa autonomia, não define com clareza os critérios de sua atuação, como no que se refere ao tipo de informações e provas exigidos do delator e à definição do tempo de duração do marcador.

Existem, em terceiro lugar, previsões legais que, por se utilizarem de expressões de conteúdo vago e impreciso, dependem, para a definição de seu conteúdo, de interpretação pela autoridade antitruste e, também, pelo judiciário, o que, por evidente, gera incerteza para os potenciais interessados.

É o caso da exigência de que a Superintendência-Geral não tenha “*conhecimento prévio*” sobre a infração para que o delator possa obter a exclusão integral das multas. O melhor seria a estipulação de um critério objetivo para definir o momento em que deixa de ser possível a obtenção de leniência integral, como, por exemplo, a prática de determinado ato no procedimento de investigação ou no processo administrativo.

Outro problema é a falta de clareza e detalhamento do texto do artigo 87, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 12.529/2011, que trata da imunidade penal oferecida ao delator. Em que pese infundados, os questionamentos sobre a constitucionalidade dessa norma geram forte insegurança para os potenciais interessados, que enfrentam o risco de não se obter o afastamento das penas privativas de liberdade.

O ideal, para sanar o problema, seria promover reforma legislativa que, além de conferir maior clareza e precisão à redação do Dispositivo legal acima mencionado, estabeleça expressamente a obrigatoriedade (e a forma) de

intervenção do Ministério Público nos acordos de leniência – como, aliás, já ocorre em outros procedimentos administrativos de competência do CADE – bem como crie uma disciplina específica (seja na própria Lei de Defesa da Concorrência ou no Código de Processo Penal) do procedimento judicial para declaração da extinção da punibilidade relativa aos crimes relacionados à infração noticiada pelo delator.

No que se refere ao item (ii) supramencionado, relativo aos benefícios concedidos participante que revelar o cartel, o Programa Brasileiro de Leniência, apesar de oferecer isenção integral das multas (em caso de não existir “conhecimento prévio” sobre a infração noticiada) e imunidade criminal, extensiva aos crimes diretamente relacionados ao acordo colusivo, poderia ser reformado de modo a aumentar ainda mais os incentivos à delação.

A primeira possível alteração – e, talvez, a mais importante – seria a extensão dos benefícios da leniência para o campo da responsabilidade civil.

Tendo em vista as normas regentes da matéria no ordenamento jurídico brasileiro – sobretudo os princípios da reparação integral e da limitação da responsabilidade aos danos causados – se mostra impossível, a princípio, a concessão de imunidade total, sendo mais adequada a exclusão, em relação ao delator, da responsabilidade solidária (artigo 942 do Código Civil) pela indenização da totalidade das ofensas geradas pelo cartel, limitando-a ao ressarcimento dos prejuízos decorrentes de sua própria conduta.

Para equacionar a limitação da responsabilidade civil, destinada à maximização dos incentivos à delação, com o direito das vítimas à integral reparação, seria possível exigir – tal como ocorre nos Estados Unidos – a cooperação do signatário de acordo de leniência com as vítimas nas ações de indenização ajuizadas contra os demais participantes da infração.

Essencial, para o bom funcionamento dessa sistemática, o estabelecimento de critérios objetivos para a colaboração, com explicitação dos tipos de informações e provas exigidos do delator para que possa obter a limitação de sua responsabilidade civil, além da criação de normas procedimentais adequadas, como a suspensão das demandas individuais – e, conseqüentemente, de interrupção do prazo prescricional – até o final do processo administrativo junto ao CADE.

Outra modificação que poderia incrementar os incentivos à delação, especificamente no que se refere a cartéis que se dedicam a fraudar licitações públicas, seria a previsão de imunidade relativa a crimes de corrupção praticados

com o objetivo de viabilizar a consecução daquele objetivo, uma vez que a política de leniência prevista na Lei Anticorrupção não oferece benefícios na esfera penal, o que inviabiliza, do ponto de vista racional, a utilização conjunta dos dois programas.

Poder-se-ia adotar, também, a concessão de recompensas positivas ao signatário de acordo de leniência, mediante reversão, em favor dele, de parte do valor das multas aplicadas aos demais participantes. Esse tipo de regra vem sendo, há muito, recomendada pela literatura especializada como necessária à maximização dos incentivos à delação.

No tocante ao item (iii) acima referido, que diz respeito às perdas esperadas pelos participantes do cartel que não cooperarem espontaneamente com as autoridades, é preciso, de um lado, evitar a concessão de benefícios que não sejam justificados por um incremento no incentivo à delação, e, de outro, manter a ameaça de aplicação de penalidades suficientemente altas.

A oferta de benesses injustificadas pode gerar a utilização estratégica do mecanismo pelos participantes do cartel, como forma de diminuir os riscos decorrentes da colusão.

É o que parece ocorrer, por exemplo, com a regra que possibilita a celebração de acordo de leniência por pessoa física que não seja a primeira a se qualificar com relação à infração noticiada (artigo 86, §2.º, da Lei n. 12.529/11), cuja supressão é essencial para evitar que os administradores, executivos e funcionários de determinada empresa participante no acordo oclusivo se utilizem da estratégia de esperar até que outro membro revele a infração para, aí sim, também procurar as autoridades para celebrar acordo.

Outro ponto de potencial vulnerabilidade é a Leniência *Plus*, que pode ser utilizada, por agentes já envolvidos em conduta colusiva, para induzir a formação de cartéis em outros mercados, a fim de poderem se valer do instituto em referência para reduzir as penalidades totais em caso de uma das infrações vir a ser revelada às autoridades.

Para evitar esse tipo de efeito negativo, recomenda-se a adoção de instrumentos que tornem inviável a obtenção de benefícios similares por todos os envolvidos em cartéis interligados atuantes em diferentes mercados, como, por exemplo, a previsão de penalidades maiores para o participante de uma infração noticiada por meio desse instrumento que tenha se valido, anteriormente, da

leniência comum em relação a outra, optando deliberadamente por não revelar todos os acordos colusivos de que participava.

Seria interessante, de outro lado, a promoção de estudos sobre a conveniência de se aumentar novamente o valor das multas aplicáveis às infrações contra a ordem econômica, que sofreram significativa redução operada pela Lei n. 12.529/2011, partindo-se do pressuposto de a interação entre leniência e penalidades altas gera, de um lado, a redução dos estímulos à prática de infrações, e, de outro, o aumento dos incentivos à delação.

Por fim, também é aconselhável a criação de mecanismos orçamentários destinados a assegurar manutenção de níveis constantes de recursos destinados à autoridade antitruste, a fim de evitar que os investimentos na investigação e detecção independente de cartéis sofram retrações – como visto, altamente prejudiciais ao bom funcionamento da leniência – em razão de critérios de mera conveniência política.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history. *In: Columbia Law Review*, vol. 79, n. 1, jan., 1979, pp. 1-43. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journal_articles>. Acesso em: 19 jun. 2016.

ANTUNES, Jorge Pinto. *A Produção sob o Regime da Empresa: Economia e Direito*. São Paulo: [s.n.]. 1954.

APESTEGUIA, Jose. DYFWENBERG, Martin; SELTEN, Reinhard. Blowing the whistle. *In: Economic Theory*, v. 31, pp. 143/166, 2007. Disponível em: <<http://www.econ.upf.edu/~apestegui/Whistle%20ET.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis. *Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases*. 5. ed. Nova York: Aspen Law & Business, 1997

ARLMAN, Sjoerd. *Crime but no punishment: An empirical study of the EU's 1996 Leniency Notice and Cartel Fines in Article 81 proceedings* (Master's thesis). Amsterdam: Economics Department of the University of Amsterdam, 2005. Disponível em: <<http://www.arlman.demon.nl/sjoerd/leniency.pdf> >. Acesso em: 21 fev. 2016.

ASCARELLI, Tulio. *ConSORZI volontari tra imprenditori*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1937.

AUBERT, Cécile; REY, Patrick; KOVACIC, William E. The impact of leniency and whistle-blowing programs on cartels. *In: International Journal of Industrial Organization*. v. 24, pp. 1241-1266, jun., 2006. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/418011/2006leniency.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2016.

BARNETT, Thomas O. Antitrust Enforcement Priorities: A Year in Review. *In: Fall Forum of the Section of Antitrust Law American Bar Association*. Washington, nov. 2004. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/518141/download>>. Acesso em: 13 jan. 2016.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações Administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BEATON-WELLS, Caron; EZRACHI, Ariel. *Criminalizing cartels: critical studies of an international regulatory movement*. Oxford: Portland, 2011.

BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. *In: Journal of Political Economy*, v. 76, n. 2, pp. 169-217, mar./abr., 1968. Disponível em: <<http://www.journals.uchicago.edu/doi/10.1086/259394>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

BECKER, Gary S.; STIGLER, George J. Law Enforcement, Malfeasance, and the Compensation of Enforcers. In: *Journal of Legal Studies*, vol. 3, 1-19, 1974.

BERGET, Jacob. *Price Developments in Post-Cartel Periods* (Master's thesis). Copenhagen: Copenhagen Business School, 2014. Disponível em: <<http://studenttheses.cbs.dk/handle/10417/4728>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

BIERMAN, H. Scott; FERNANDEZ, Luis. *Teoria dos Jogos*. 2. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2011.

BIGONI, Maria; FRIDOLFSSON, Sven-Olof; LE COQ, Chloe; SPAGNOLO, Giancarlo. Fines, leniency, and rewards in antitrust. In: *The RAND Journal of Economics*, v. 43, n. 2, pp. 368-390, 2012. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/wol1/doi/10.1111/j.1756-2171.2012.00170.x/full>>. Acesso em: 19 set. 2015.

BIGONI, Maria; FRIDOLFSSON, Sven-Olof; LE COQ, Chloe; SPAGNOLO, Giancarlo. Trust, Leniency and Deterrence. 2014. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2469778>>. Acesso em: 26 mai. 2016.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. Tradução: Denise Agostinetti. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BORRELL, Joan-Ramon; JIMÉNEZ, Juan Luis; García, Carmen. Evaluating Antitrust Leniency Programs. In: *Journal of Competition Law & Economics*, v. 10, n. 1, pp. 107-136, 2014. Disponível em: <<http://jcle.oxfordjournals.org/content/early/2013/08/03/joclec.nht017>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

BOS, Iwan; WANDSCHNEIDER, Frederick. *Cartel Ringleaders and the Corporate Leniency Program*. CCP Working Paper, p. 11-13. 15 Ago. 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1910000>>. Acesso em: 29 mai. 2014.

BRANCO, Nelson de Azevedo; BARRETO, Celso de Albuquerque. *Repressão ao abuso do poder econômico: lei antitruste*. São Paulo: Atlas, 1964.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. *Balanço 2015*. Brasília: Publicação oficial, 2016a.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. *Balanço 4 anos da Lei 12.529/11*. Brasília: Publicação oficial, 2016b.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. *Cartilha do CADE*. Brasília: Publicação oficial, 2016c.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. *Guia: Programa de Leniência Antitruste do CADE*. Brasília: Publicação oficial, 2016d.

BRASIL. Secretaria de Direito Econômico. *Combate a Cartéis e Programa de Leniência*. 3. ed. Brasília: Publicação oficial, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial *n.º* 1.554.986, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma. Brasília, DF, 08 mar. 2016. Diário do Judiciário Eletrônico n. 1942, de 04 abr. 2016. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502191117&dt_publicacao=05/04/2016>. Acesso em: 24 fev. 2016e.

BRENNER, Steffen. An empirical study of the European corporate leniency program. In: *International journal of industrial organization*. v. 27, p. 639-645, 2009. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167718709000290>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

BRISSET, Karine; THOMAS, Lionel. Leniency Program: A New Tool in Competition Policy to Deter Cartel Activity in Procurement Auctions. In: *European Journal of Law and Economics*, v. 17, p. 5-19, 2004.

BRYANT, Peter G.; ECKARD, E. Woodrow., Price Fixing: The Probability of Getting Caught. In: *Review of Economics and Statistics*, v. 73, n. 3, ago. 1991, pp. 531 – 536. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2109581?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 13 nov. 2016.

BUCCIROSSI, Paolo; MARVÃO, Catarina Moura Pinto; SPAGNOLO, Giancarlo. *Leniency and Damages*. CEPR Discussion Paper No. DP10682, jun. 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2624637>>. Acesso em: 27 mai. 2016

BUENO, Francisco da Silveira. *Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa*. v. 2. São Paulo: Lisa – Livros Irradiantes, 1988.

BUHART, Jacques; et al (org). *Leniency regimes: jurisdictional comparisons*. 4^a ed. London: Thomson Reuters, 2012.

CAI, Xiaowei. Effect of Corporate Leniency Program on Cartel Dissolution under Market Uncertainty. In: *Advances in Management & Applied Economics*, v. 2, n.4, p. 141.160, 2012. Disponível em: <http://www.sciencpress.com/Upload/AMAE/Vol%202_4_9.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2016.

CALLIARI, Marcelo; ANDREOLI, Daniel; BUENO, Marcio. Leniency Agreements in Brazil. In: IBRAC. *Overview of Competition Law in Brazil*. São Paulo: Editora Singular, 2015, pp. 315-323.

CASSELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade Civil por Danos Decorrentes da Prática de Cartel* (dissertação). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015.

CAWTHORNE, Nigel; WILKERS, Roger (ed.). *The Mammoth Book of The Mafia*. Londres: Constable & Robinson Ltd., 2009.

CHAVDA, Ankur; JEGERS, Marc. The Effects of leniency programs and fines on cartel stability. In: *Metroeconomica*. Oxford, v. 58., pp. 231-243, 2007. Disponível

em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=617224>. Acesso em: 21 fev. 2016.

CHEN, Joe.; HARRINGTON, Joseph. E. *The impact of the corporate leniency program on cartel formation and the cartel price path*. Working Papers, The Johns Hopkins University, Department of Economics, N. 528, 2007. Disponível em:<<http://hdl.handle.net/10419/72010>>. Acesso em: 29 mai. 2014.

CHOI, Yun Jeong. An empirical analysis of the Corporate Leniency Program in Korea: Its Amendments in 2005. In: *The Korean Journal of Economics*, v.18, n. 2, 2011. Disponível em: <http://yeri.yonsei.ac.kr/new/kje_data/2011/vol2/2011vol201.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2016.

CHOI, Yun Jeong; HAHN, Kyoung Soo. How does a corporate leniency program affect cartel stability? Empirical evidence from Korea. In: *Journal of competition law economics*, v. 10, n. 4, pp. 883-907, 2014

COASE, Ronald H. The problem of social cost. In: *The Journal of Law and Economics*. Chicaco, v. 3, p. 1-44, out., 1960.

COELHO, Cristiane de Oliveira. *O caráter científico da análise econômica do Direito: uma explicação de sua influência como doutrina jurídica* (dissertação). Brasília: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Brasília, 2010.

CONNOR, John; LANDE, Robert H. Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines. In: *Issues in Competition Law and Policy*, vol. 3, ABA Section of Competition Law, 2008, pp. 2209-2211. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1285455>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 4. ed. Boston: Pearson, Addison Wesley, 2004.

DE STEFANO, Gianni. Access of Damage Claimants to Evidence Arising Out of EU Cartel Investigations: A Fast-Evolving Scenario. In: *Global Competition Litigation Review*, v. 3, 2012.

DIJKSTRA, Peter T; SCHOONBEEK, Lambert. *Amnesty Plus and Multimarket Collusion*, 2011. Disponível em: <https://editorialexpress.com/cgi-bin/conference/download.cgi?db_name=IIOC2011&paper_id=431>. Acesso em: 22 fev. 2016.

DUARTE, Leonardo Maniglia; SANTOS, Rodrigo Alves dos. Cartel Settlements in Brazil: Recent developments and upcoming challenges. In: IBRAC. *Overview of Competition Law in Brazil*. São Paulo: Editora Singular, 2015, pp. 285-313.

ELLIS, Christopher J. WILSON, Wesley W. *Cartels, price-fixing, and corporate Leniency Policy: What doesn't kill us makes us stronger*. Eugene: Department of Economics, University of Oregon. Nov., 2003. Disponível em:

<https://editorialexpress.com/cgi-bin/conference/download.cgi?db_name=IIOC200&aper_id=339>. Acesso em: 22 fev. 2016.

ESTADOS UNIDOS. Government Accountability Office. *Criminal Cartel Enforcement: Stakeholder Views on Impact of 2004 Antitrust Reform Are Mixed, but Support Whistleblower Protection*. Washington, GAO, 2011. Disponível em: <<http://www.gao.gov/assets/330/321794.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2016.

FANTOVA, Santiago I. *Leniency: La política de exoneración Del pago de multas em derecho dela competência*. Madrid: Instituto de Estudios Europeos de La Universidad San Pablo, 2002.

FEES, Eberhard; WALZL, Markus. *Corporate Leniency Programs in the EU and the USA*. Working papers. Department of Economics, University of Aachen: 2003. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=384740>. Acesso em: 21 fev.2016.

FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. *Criminalidade organizada: Comentários à Lei 12.850, de 02 de Agosto de 2013*. Curitiba: Juruá, 2014.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. O Cartel. In: FONSECA, João Bosco Leopoldino da (coord). *O Cartel: doutrina e estudo de casos*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, pp. 15-80.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FONSECA, Pedro Henrique Carneiro. O Ministério Público e o Acordo de Leniência. In: *Boletim do instituto de Ciências Penais*, v. 83, ano VI, pp. 6-10, nov. 2007.

FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael, FELIX, Yuri; *Crimes Hediondos*, 7. ed., São Paulo: RT, 2011.

GRIFFIN, James M. The modern leniency program after ten years: A summary overview of the Antitrust Division Criminal Enforcement Program. In: *The American Bar Association Section of Antitrust Law Annual Meeting*. San Francisco: 2003. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/518851/download>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

GRINBERG, Mauro; LORENZETTI, Marcela Abras. Cartel Punishment in Brazil: Facts and trends. In: IBRAC. *Overview of Competition Law in Brazil*. São Paulo: Editora Singular, 2015, pp. 275-284.

HAMAGUSHI, Yasuyo; KAWAGOE, Toshiji; SHIBATA, Aiko. Group size effects on cartel formation and the enforcement Power of leniency programs. In: *International journal of industrial organization*. v. 27, pp. 145-165, 2009. Disponível em:

<<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167718708000696>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

HAMMOND, Scott D. Cornerstones of an Effective Leniency Program. In: *ICN Workshop on Leniency Programs*. Sydney: 2004. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/518156/download>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

HAMMOND, Scott D. An Overview of Recent Developments in the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program. In: *American Bar Association Midwinter Leadership Meeting*. Kona, HI: 2005. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/517886/download>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

HAMMOND, Scott D. Recent Developments Relating to the Antitrust Division's Corporate Leniency Program. In: *The twenty-third annual National Institute on White Collar Crime*. San Francisco: 2009. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/244840.htm>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

HAMMOND, Scott D. The evolution of criminal antitrust enforcement over the last two decades. In: *The twenty-fourth annual National Institute on White Collar Crime*. Miami: 2010. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/255515.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

HARRINGTON JR, Joseph E. Optimal Corporate Leniency Programs. In: *The journal of industrial economics*. Bruxelas, v. LVI, n.2, pp. 215-246, jun., 2008. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.14676451.2008.00339.x/abstract>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

HARRINGTON JR, Joseph E. When is antitrust authority not aggressive enough in fighting cartels? In: *International Journal of Economic Theory*, v. 7, nº 1, pp. 39-50, 2011. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1742-7363.2010.00148.x/abstract>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

HARRINGTON JR, Joseph E. Corporate leniency programs when firms have private information: the push of prosecution and the pull of pre-emption. In: *The journal of industrial economics*. Bruxelas, v. LXI, n. 1, pp. 1-27, mar., 2013. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/joie.12014/abstract>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

HARRINGTON JR, Joseph E.; CHANG, Myong-Hun. When Can We Expect a Corporate Leniency Program to Result in Fewer Cartels? In: *Journal of Law and Economics*, forthcoming, 2015. Disponível em: http://www.cresse.info/uploadfiles/2015_pa6_p1.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2016.

HARRINGTON JR, Joseph E.; CHANG, Myong-Hun. Modeling the Birth and Death of Cartels with an Application to Evaluating Antitrust Policy. In: *Journal of the European Economic Association*, v. 7, pp. 1400-1435, 2009. Disponível em: <http://assets.wharton.upenn.edu/~harrij/pdf/jeea09.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

HARRINGTON JR., Joseph E.; WEI, Yanhao. What Can the Duration of Discovered Cartels Tell us About the Duration of All Cartels? *PIER Working Paper*, nº 14-042,

2015. Disponível em:
<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2526324>. Acesso em:
23/02/2016.

HEXNER, Ervin Paul. *Carteles internacionales*. Tradução para o espanhol de Samuel Cosío Villegas. Pánuco: Fondo de Cultura Económica, 1950.

HINLOOPEN, Jeroen. The effectiveness of leniency programs under European style antitrust legislation. Mimeo, University of Amsterdam, Tinbergen Institute and Delft University of Technology, 2002. Disponível em:
<https://www.researchgate.net/publication/228553102_The_effectiveness_of_Leniency_Programs_under_European_style_antitrust_legislation>. Acesso em: 18 fev. 2016.

HINLOOPEN, Jeroen; ONDERSTAL, Sander. Going once, going twice, reported! Cartel activity and the effectiveness of antitrust policies in experimental auctions. In: *European Economic Review*, vol. 70, pp. 317-336, ago., 2014. Disponível em:
<<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0014292114000889>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

HINLOOPEN, Jeroen; SOETEVEN, Adriaan R.; Laboratory evidence on the effectiveness of corporate leniency programs. In: *RAND Journal of Economics*. California: v. 39, n. 2m pp 607-616, summer, 2008. Disponível em:
<<https://perso.univ-rennes1.fr/thierry.penard/cours/master1ei/hinloopen.pdf>>. Acesso em: 22. Fev. 2016.

HOLMSTROM, Bengt. Moral Hazard in Teams. In: *The Bell Journal of Economics*, vol. 13, n. 2, Autumn, 1982, pp. 324-340.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: The law of competition and its practice*. 4. ed. St. Paul: West Publishing Co., 2011.

IBRAC. "Transcrição do Workshop sobre a Medida Provisória 2.055, realizado em 22 de agosto de 2000." In: *Revista do IBRAC*, v. 7. n. 7, São Paulo: IBRAC, 2000.

KLEIN, Gordon J. *Cartel Destabilization and Leniency Programs - Empirical Evidence*. Discussion paper. Mannheim: Centre for European Economic Research, 2010. Disponível em: <<ftp://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp10107.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

KMIECIK, Andrzej; BURTON, Richard. Cartel leniency in EU: overview. In: *Competition and Cartel Leniency Multi-Jurisdictional Guide*, London: Thomson Reuters, 2015. Disponível em: <<http://global.practicallaw.com/0-517-4976>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

LARA, Fabiano Teodoro de Rezende de. Análise econômica do Direito como método e disciplina. In: *Revista da Associação Mineira de Direito e Economia*, v. 1, p. 4, 2009.

LARA, Fabiano Teodoro de Rezende; BELLANTUONO, Giuseppe. "Introduction: Exploring Linkages." In: LARA, Fabiano Theodoro de Rezende; BELLANTUONO, Giuseppe (Org.). *Law, Development and Innovation*. 1. ed. Cham: Springer International Publishing, 2015, pp. 13-24. Disponível em: <<http://link.springer.com/book/10.1007%2F978-3-319-13311-9>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. LUZ, Reinaldo Diogo. Programa de Leniência na Lei Anticorrupção. In: *XXIV Congresso Nacional do CONPEDI*, Belo Horizonte: CONPEDI, 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/nlxnt420/m550LKq3E1EY1ICx.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. What Determines Cartel Success? In: *Journal of Economic Literature*, v. 41, n. 1, pp. 43-95, 2006. Disponível em: <http://www-personal.umich.edu/~maggiel/Cartel%20Success_JEL2006.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2016.

LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. Breaking up is Hard to Do: Determinants of Cartel Duration In: *The Journal of Law & Economics*, v. 54, n. 1, mai., 2011, pp. 455-492. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/10.1086/657660?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 23 fev. 2016.

LESLIE, Christopher R. Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. In: *Journal of Corporation Law*, vol. 31, 453-488, 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=924376>. Acesso em: 22 fev. 2016.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *Pre-Insulated Pipes: A Regra da Razão e a Regra Per Se na Análise de Cartéis*. In: FONSECA, João Bosco Leopoldino da (coord). *O Cartel: doutrina e estudo de casos*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, pp. 81-112.

LUZ, Reinaldo Diogo. SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency, Collusion, Corruption and Whistleblowing. In: *Stockholm Institute of Transition Economics Working Paper Series* n. 36, abr. 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2773671>>. Acesso em: 10.11.2016.

MACHADO, Luiza Andrade. Programas de leniência e responsabilidade civil concorrencial: O conflito entre a preservação dos interesses da leniência e o direito à indenização. In: *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 3, n. 2, nov. 2015, pp. 114/132.

MAGGI, Bruno Oliveira. *O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil* (dissertação). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

MARCEAU, Nicolas; MONGRAIN, Steve. Amnesties and co-operation. In: *International tax and public finance*, v. 7, n. 3, 2000, pp. 259/273

MARTINEZ, Ana Paula; ARAÚJO, Mariana Tavares de; Anti-cartel enforcement in Brazil: Status quo & trends. In: IBRAC. *Overview of Competition Law in Brazil*. São Paulo: Editora Singular, 2015, pp. 257-273.

MARTINS, Amanda Athayde Linhares; FIDELIS, Andressa Lin. Nearly 16 Years of the Leniency Program in Brazil: Breakthroughs and Challenges in Cartel Prosecution. In: *Competition Policy International*, jun. 2016. Disponível em <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2016/06/Amanda-Andressa.final2_.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2016.

MARVÃO, Catarina Moura Pinto; SPAGNOLO, Giancarlo. *What Do We Know About the Effectiveness of Leniency Policies? A Survey of the Empirical and Experimental Evidence*. 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2511613>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

MARVÃO, Catarina Moura Pinto; SPAGNOLO, Giancarlo. Cartels and Leniency: Taking Stock of What We Learnt. SITE Working Paper Series, 39/2016, set. 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2850498>>. Acesso em: 08 dez. 2016.

MAZZUCATO, Paolo Zupo. *Acordo de Leniência: A política econômica de combate a cartéis* (dissertação). Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2004.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: Aspectos gerais e mecanismos legais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MILLER, Nathan H. Strategic Leniency and Cartel Enforcement. In: *The American Economic Review*, v. 99, n. 3, pp. 750-768, 2009. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/25592481?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 23 fev. 2016.

MOTCHENKOVA, Evgenia. *Effects of leniency programs on cartel stability*. CentER Discussion Paper No. 2004-98, set. 2004. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=617224>> Acesso em: 29 mai. 2016.

MOTTA, Massimo; POLO, Michele. Leniency programs and cartel prosecution. In: *International Journal of Industrial Organization*. v. 21, pp. 347-379, 2003. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167718702000577>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

MOTTA, Massimo; POLO, Michele. *Leniency programs*. 2005. Disponível em: <http://www.barcelonagse.eu/tmp/pdf/motta_leniency.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2016.

MUELLER, Thomas; EVANS, Gregory. ACPERA and the Value of Uncertainty. In: *American Bar Association International Cartel Workshop*. Paris: ABA, 2010. Disponível em: <https://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/WilmerHale_Shared_Content/Files/Editorial/Publication/ACPERA%20and%20the%20Value%20of%20Uncertainty.pdf>. Acesso em: 12 set. 2016.

OCDE. *Fighting hard-core cartels: harm, effective sanctions and leniency programmes*. 2002. Disponível em <<http://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2014.

OCDE. *Executive Summary of the Discussion on the Use of Markets in Leniency Programs*. 2015. Disponível em <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COM/P/WP3/M\(2014\)3/ANN3/FINAL&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COM/P/WP3/M(2014)3/ANN3/FINAL&doclanguage=en)>. Acesso em: 23 mai. 16.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *Direito da concorrência e o poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PALGRAVE, Robert Harry Inglis. *Dictionary of political economy*. vol. I Londres: Macmillan, 1901.

PANTONI, Roberta Alessandra. *Consensualidade como instrumento de legitimidade no processo antitruste sancionador brasileiro: considerações sobre o “Acordo de Leniência”* (dissertação). Uberlândia: Programa de Pós-Graduação em Direito da universidade Federal de Uberlândia, 2012.

PEREIRA, Guilherme Teixeira. *Política de Combate a Cartel no Brasil – Uma Análise Jurídica do Acordo de Leniência e do Termo de Compromisso de Cessaçao de Prática* (Dissertação). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2011.

PEPALL, Lynne; RICHARDS, Dan; NORMAN, George. *Industrial Organization: Contemporary Theory and Empirical Applications*, 4. ed. New York: Wiley-Blackwell Publishing, 2008.

PIKE, Richard; RICHMOND, Francesca. Disclosure of Leniency Materials by EU Competition Authorities: Protection in the Face of Civil Damages Claims. In: *Global Competition Litigation Review*, v. 5, n. 4, 2012, pp. 136-137. Disponível em: <<http://www.algoodbody.ie/media/GlobalCompLitigationReview1.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

PITTMAN, Russel. Proposed Changes in Brazil's Antitrust Law. In: *Boletim Latinoamericano de Concorrência*, n. 12, jul. 2001. pp. 102-104. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_12.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2016.

POLINSKY, Mitchell; SHAVELL, Steven. The Economic Theory of Public Enforcement of Law. In: POLINSKY, Mitchell; SHAVELL (ed.) *Handbook of Law and Economics*, vol. I, cap. 6, pp. 403-454, 2007

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

POSNER, Richard A; EASTERBROOK, Frank H. *Antitrust: Cases, economic notes and other materials*. 2. ed. St. Paul: West Publishing Co., 1981.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As condutas*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SALOMI, Máira Beuchamp. *O acordo de leniência e seus reflexos penais* (Dissertação). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

SANTACRUZ, Ruy Afonso de. Cartel na lei antitruste: o caso da indústria brasileira de aços planos. In: MATOS, César (Coord.). *A revolução do antitruste no Brasil: A teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003, pp. 415-343

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 31. Ed. Atualização: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. O acordo de leniência: avanço ou precipitação? In: *Revista do Ibrac*, n. 2, v. 8, São Paulo: IBRAC, 2001, pp. 131-146.

SOUZA, Marcelo de Lima e. *Leniency Programs: An International Comparison* (Master's thesis). Gante, Bélgica: Universidade de Gante, 2007. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/eppgg/producao_academica/dissertacao_marcelo_l_souza.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2016.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Lições de Direito Econômico*. Porto Alegre: Ed. Sergio Antônio Fabris, 2002.

SPAGNOLO, Giancarlo. *Optimal Leniency Programs*. "Nota di Lavoro", n. 42.00. Fondazione ENI Enrico Mattei, Milão, 2000a. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=235092 >. Acesso em: 22 fev. 2016.

SPAGNOLO, Giancarlo. *Self-defeating antitrust laws: How leniency programs solve Bertrand's paradox and enforce collusion in auctions*. "Nota di Lavoro" n. 52.00, Fondazione ENI "Enrico Mattei," Milão, 2000b. Disponível em: <<http://www.feem.it/userfiles/attach/Publication/NDL2000/NDL2000-052.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

SPAGNOLO, Giancarlo. *Divide et impera: optimal leniency programmes*. Stockholm: Stockholm School of Economics, 2005. Disponível em <<ftp://ftp.zew.de/pub/zew-docs/veranstaltungen/rnic/papers/GiancarloSpagnolo.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency and Whistleblowers in Antitrust. In: BUCCIROSSI, P.(Ed.). *Handbook of Antitrust Economics*. Boston: M.I.T. Press, 2008, pp. 259-303.

SPRATLING, Gary R. Making Companies an Offer They Shoudn't Refuse: The Antitrust Division's Corporate Leniency Policy – An Update. In: *Bar Association of the District of Columbia's 35 Annual Symposium on Associations and Antitrust*, Washington, fev., 1999. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/518611/download>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

STIGLER, George J. A Theory of Oligopoly. In: *The Journal of Political Economy*, v. 72, n. 1, pp. 44-61, fev., 1964. Disponível em: <<http://home.uchicago.edu/~vlima/courses/econ201/Stigler.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

STIGLER, George J. The Optimum Enforcement of Laws. In: *The Journal of Political Economy*, v. 78, n. 3, pp. 526-536, 1970. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3626.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

STUCKE, Maurice E. Am I a Price Fixer? A Behavioural Economics Analysis of Cartels. In: BREATON-WELLS, Caron; EZRACHI, Ariel (ed.) *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement*. Oxford: Hart Publishing, 2011, pp. 263-288.

VASCONCELOS, Marco Antônio Sandoval de. *Economia: Micro e Macro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VASCONCELOS, Silvinha Pinto; RAMOS, Francisco de Sousa. The effectiveness of the Brazilian Leniency Program: a game theoretical analysis. In: *Second Brazilian Workshop of the Game Theory Society in honor of John Nash on the occasion of the 60th anniversary of Nash equilibrium*. São Paulo: Departamento de Economia da Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.sbe.org.br/dated/ebe24/131.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

VAZ, Maria Isabel Vianna de Oliveira. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VAZ, Maria Isabel Vianna de Oliveira. "O Poder Judiciário e a aplicação da Lei Antitruste." In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *Estudos em Homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel*. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 297-314.

VIEIRA, Robson Nunes. *Justificação do Uso da Regra Per Se Para Cartéis Graves (Hardcore) no Direito Econômico da Concorrência Brasileiro – Um estudo a Partir da Experiência Norte-Americana (dissertação)*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2014.

VISCUSI, W. Kip.; HARRINGTON JR., Joseph E.; VERNON, John M. *Economics of regulation and antitrust*. 4. ed. Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology, 2005.

ZHOU, Jun. *Evaluating Leniency with Missing Information on Undetected Cartels: Exploring Time-Varying Policy Impacts on Cartel Duration*. Abr., 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1985816>>. Acesso em: 17 set. 2016.

WAKED, Dina I. Antitrust Enforcement in Developing Countries: Reasons for Enforcement & Non-Enforcement using Resource-Based Evidence. In: *5th Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper*, 2010. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1638874>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

WILS, Wouter P. J. Is Criminalization of EU Competition Law the Answer? In: *Amsterdam Center for Law and Economics (ACLE) Conference: Remedies and Sanctions in Competition Policy*. Amsterdam, fev. 2005. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=684921>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

WILS, Wouter P. J. Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice. In: *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 30, n. 1, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=939399>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

WILS, Wouter P. J. The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment after Twenty Years. In: *World Competition: Law and Economics Review*, v. 39, n. 3, 2016a. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2793717>>. Acesso em: 08 dez. 2016.

WILS, Wouter O. J. Private Enforcement of EU Antitrust Law and its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future. In: *Mannheim Centre for Competition and Innovation Law and Economics Conference on Cartel Damages in Europe*, nov. 2016b. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2865728>>. Acesso em: 08 dez. 2016.