



INSTITUTO DE DIREITO PÚBLICO
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO DE BRASÍLIA
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

Criando incentivos, a partir da Teoria dos Jogos, para celebração de Termos de Compromisso de Cessação por Pessoas Físicas: Uma análise das Ações Penais da Lava Jato.

Brasília
Dezembro de 2020

Criando incentivos a partir da Teoria dos Jogos para celebração de Termos de Compromisso de Cessação por Pessoas Físicas: Uma análise das Ações Penais da Lava Jato.

Trabalho de qualificação de mestrado submetido ao Instituto Brasiliense de Direito Público como parte dos requisitos necessários para a conclusão do Mestrado Acadêmico em Direito.

Orientador: Professor Dr. André Callegari

**Brasília,
Dezembro de 2020**

Criando incentivos a partir da Teoria dos Jogos para celebração de Termos de Compromisso de Cessação por Pessoas Físicas: Uma análise das Ações Penais da Lava Jato.

Dissertação apresentada à Escola de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Orientador Prof. Dr. Alexandre Callegari

Banca Examinadora

PROFESSOR DR. ANDRÉ CALLEGARI

PROFESSOR DR. FRANCISCO SCHERTEL FERREIRA MENDES

PROFESSOR DR. ALEXANDRE CORDEIRO MACEDO

DEDICATÓRIA

Não sou nada

Nunca serei nada.

Não posso querer ser nada.

*À parte disso, tenho em mim todos os sonhos
do mundo.*

Fernando Pessoa

O presente estudo contou com a participação das mais variadas pessoas que me auxiliaram ao longo desses dois anos e que fizeram parte dessa trajetória, independentemente de estarem aqui nominadas. É evidente que o presente trabalho não depende – e nem poderia depender – apenas de mim.

Faço, assim, um agradecimento especial ao Orientador, Professor Callegari, que sempre muito prestativo me auxiliou durante a presente dissertação. Aos avaliadores e colegas, Francisco Schertel e Alexandre Cordeiro que me proporcionaram leituras essenciais e novas ideias para a consecução do trabalho.

Meu obrigado ao grande amigo, Lucas Grieleber, que por diversas vezes me atendeu, ouviu e discutiu sobre o tema. Pode ter certeza que o presente trabalho também é uma parte sua e fica aqui meu agradecimento pela sua colaboração.

Mas o presente trabalho não conta, somente, com contribuições acadêmicas. Conta também com contribuições de carinho e afeto. Faço assim um agradecimento especial àqueles que estiveram do meu lado.

Agradeço ao meu pai, José Flavio, quem tanto admiro e sem o seu apoio nada seria. A minha mãe, Eliana, que com seu carinho e generosidade me faz ser melhor. A minha irmã, Fernanda, que busco me espelhar. À Thaise que me ensina diariamente o que é amor e felicidade.

RESUMO

O objetivo da presente dissertação é analisar o Programa de Leniência Antitruste brasileiro, especificamente o relacionado aos Termos de Compromissos de Cessação, sob a ótica da pessoa física. Com isso, busca-se verificar, a partir da Teoria dos Jogos, como seria possível criar mecanismos para atrair eventuais participantes do conluio para colaborar com a autoridade de defesa da concorrência e encerrar o processo administrativo em curso. Para isso, serão analisados os aspectos gerais de um Programa de Leniência e quais os pilares para a sua criação e que precisam estar previstas para se criar um ambiente em que estes acordos se mostrem atrativos, tanto para o Estado, tanto para o colaborador. Nesse contexto, serão abordados aspectos gerais como segurança jurídica, transparência, previsibilidade, sigilo das negociações e aspectos morais que devem ser levados em consideração na estruturação de um programa. Será analisado, também, como as sanções penais podem se mostrar como elementos importantes para a dissuasão desse ilícito, visto que as pessoas físicas estão mais preocupadas com eventual encarceramento que com uma sanção pecuniária. Por fim, busca-se verificar como esta modalidade de acordo (TCC) poderia ser aprimorada, especificamente no que se refere à previsão algum tipo de benefício penal ao Compromissário. Além disso, para o aprimoramento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência também é sugerido uma atuação mais efetiva do Ministério Público na denúncia deste crime e busca pelo sancionamento de eventuais participantes.

Palavra Chave: Programa de Leniência, Termo de Compromisso de Cessação, sanção penal, dissuasão, Teoria dos Jogos e incentivos.

ABSTRACT

This thesis aims to analyze the Brazilian Leniency Antitrust Programme from the perspective of the natural person, specifically the one related to the Cease-and-Desist Commitment Based on the Game Theory, we seek to explore how it would be possible to create mechanisms to attract eventual participants of the collusion to collaborate with the competition defense authority and close the administrative process. Also, it will be analyzed the general aspects of a Leniency Program as well as the backbone for its creation in order to create an environment in which these agreements are attractive, both for the State and for the employee. In this context, it will be addressed general aspects such as legal certainty, transparency, predictability, confidentiality of negotiations and moral aspects that must be taken in consideration to the program structure. It will also be analyzed how criminal sanctions can prove to be important elements for deterring this offense, since individuals are more concerned with possible incarceration than with a financial penalty. Finally, we seek to verify how this type of agreement (TCC) could be improved, specifically with regard to the provision of some type of criminal benefit to the proponent. In addition, for the improvement of the Brazilian Competition Defense System, it is also suggested that the Public Prosecutor's Office act more effectively in denouncing this crime and seeking to sanction eventual participants.

Key Words: Leniency Program, Cease and Desist Agreement, criminal penalty, deterrence, Game Theory and incentives.

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. TEORIA DOS JOGOS – UMA ANÁLISE DOS AGENTES ECONÔMICOS RACIONAIS.....	16
a) <i>A Teoria dos Jogos</i>	16
b) <i>Conceitos Básicos: Jogo, jogadores, estratégia e Resultado</i>	17
c) <i>O Dilema dos Prisioneiros</i>	23
d) <i>A Teoria dos Jogos e os Acordos de Leniência</i>	28
3. DA OPÇÃO LEGISLATIVA DE CRIMINALIZAR O CARTEL.....	30
a) <i>A escolha legislativa brasileira por reforçar a criminalização do cartel</i>	31
b) <i>Como a Criminalização Abre Espaço Para os Acordos de Leniência</i>	42
4. OS PROGRAMAS DE LENIÊNCIA – HISTÓRICO E CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS PARA O SEU DESENVOLVIMENTO	45
a) <i>Um breve Histórico dos Programas de Leniência e da sua importância para o Estado</i>	45
b) <i>Estruturando um Programa de Leniência</i>	52
c) <i>Previsibilidade e Segurança Jurídica</i>	54
d) <i>Sigilo nas Negociações</i>	58
e) <i>Punições para os demais infratores</i>	60
f) <i>Corrida para Delação</i>	63
g) <i>Necessidade de se levar em conta o Aspecto Moral e a regra do “sair em melhor estado que entrou”</i>	66
5. CRIANDO INCENTIVOS PARA CELEBRAÇÃO DE TERMOS DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO. UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DOS JOGOS.....	70
a) <i>Visão Histórica</i>	70
b) <i>Os tipos Acordos Atualmente presentes na Legislação Antitruste</i>	73

<i>c) Como a insegurança jurídica causada pela ausência de benefícios penais pode desestimular o segundo colocado</i>	<i>77</i>
<i>d) Análise Empírica das Ações Penais em Andamento relativas à Lava Jato</i>	<i>85</i>
<i>e) Proposta de Aprimoramento do Sistema para Combate à Carteis</i>	<i>91</i>
6. CONCLUSÃO.....	97
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	106

INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscará verificar, a partir da utilização da Teoria dos Jogos, se o Programa de Leniência¹⁻²⁻³ do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), previsto na Lei 12.529/2011 é capaz de incentivar potenciais colaboradores, especificamente pessoas físicas, a buscarem a autoridade para celebração destes acordos.

A escolha do Programa de Leniência antitruste para o presente estudo se dá pelo fato de ser o mais antigo e aprimorado programa existente no Brasil. Instituído pela Lei nº 10.149/2000, o Programa de Leniência Antitruste ganhou ainda mais relevância com o advento da Lei nº 12.529/2011 (“Nova Lei de Defesa da Concorrência”), que, considerando as legislações estrangeiras e a bem-sucedida experiência brasileira,

¹ Apenas para fins didáticos do presente trabalho, como feito por ATHAYDE (2019), será utilizada a expressão Acordo de Leniência para referir-se àqueles Acordos que são celebrados entre uma autoridade pública investigadora - seja ela o Ministério Público, o CADE, a Controladoria Geral da União, dentre outros - e um agente privado que cometeu um ilícito. Por intermédio deste Acordo, o agente privado receberá algum tipo de benefício na sanção que seria esperada - seja uma imunidade total, seja um abrandamento do potencial punição - ao passo que a autoridade receberá provas e uma descrição de como se deu o ilícito.

Definição semelhante é adotada por WILS (2007, P.1), o qual indica que “*this paper deals with leniency in antitrust enforcement, defined here as the granting of immunity from penalties or reduction of penalties for antitrust violations in exchange for cooperation with the antitrust enforcement authorities.*” Também assim expõe THÉPOT (2011, P. 13) “[*In the jurisdiction of the European Union*] The term ‘*leniency*’ refers to immunity as well as a reduction of any fine which would otherwise have been imposed on a participant in a cartel, in exchange for the voluntary disclosure of information regarding the cartel which satisfies specific criteria prior to or during the investigative stage of the case (*European Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases (2006/C298/11)*).

² Ao se referir ao Programa de Leniência do CADE, ATHAYDE (2019, p. 29) indica que o “termo leniência ganhou conotação especial, passando a ser empregado quando há aplicação de uma pena ou obrigação menos severa do que aquela que seria aplicável caso não houvesse cooperação voluntária, ou para se referir a um sistema geral de exoneração total ou parcial das penalidades aplicáveis” ATHAYDE, Amanda. Manual dos Acordos de Leniência no Brasil. Teoria e Prática. Editora Forum. 2019.

³ Apesar da definição adotada neste trabalho, apenas para fins acadêmicos, é importante lembrar a distinção exposta por SPAGNOLO (2008), de que a o Programa de Leniência difere-se do que é denominado *Plea Bargain*. Enquanto o Programa de Leniência seria sempre um instrumento *ex ante*, isto é, antes de a autoridade descobrir o ilícito e começar a processá-lo, o *plea bargain* ocorre após a instauração de um processo. Trazendo para os fins do presente trabalho, tal distinção se mostra especialmente relevante, haja vista a existência de duas figuras no ordenamento jurídico brasileiro de acordos perante à Autoridade de Defesa da Concorrência, qual seja, o Acordo de Leniência - realizado antes da instauração do processo - e o TCC - que é celebrado após a instauração do processo e no curso da investigação.

tornou este programa ainda mais sofisticado, sendo o CADE de forma reiterada reconhecido internacionalmente por suas boas práticas⁴.

Considerando a nomenclatura utilizada para fins do presente trabalho, é importante ressaltar que o Programa de Leniência concorrencial engloba dois tipos de acordos⁵, quais sejam: (i) o Acordo de Leniência, previsto no art. 86 da Lei nº 12.529/2011; e (ii) o Termo de Compromisso de Cessação (“TCC”). A diferença entre estes institutos se dá (i) no momento em que a colaboração é proposta⁶; e (ii) no grau de benefícios concedidos ao colaborador. Assim, enquanto o primeiro prevê imunidade administrativa de sanções⁷ e imunidade penal⁸ para os crimes de cartel e crimes meio (como fraude à licitação e organização criminosa), o segundo prevê, apenas, um redutor na penalidade administrativa – multa –, a depender do momento em que os demais optarem por negociar com a autoridade, nos termos do Art. 183 e seguintes do Regimento Interno do CADE (“RICADE”).

Nesse contexto, a pessoa física que optar por colaborar com a autoridade de defesa da concorrência, em casos de TCC, tomará em consideração o fato de que, ao reconhecer sua conduta perante o CADE, também assumirá a realização de um fato típico que é criminalmente sancionável, nos termos da Lei 8.137/90, bem como de outras legislações. A escolha por celebrar um acordo com a autoridade de defesa da concorrência, portanto, implica que o indivíduo reconheça sua participação na conduta,

⁴ O CADE foi, no ano de 2020, e pelo oitavo ano consecutivo, considerado uma das 10 (dez) melhores agências antitruste do mundo, conforme publicação da GCR, sendo tal fato muito decorrente do sólido Programa de Leniência existente. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/pelo-oitavo-ano-consecutivo-cade-e-considerado-uma-das-melhores-agencias-antitruste-do-mundo>

⁵ Justamente por possuir dois tipos de acordos, cada qual com suas especificidades e características que existe a crítica de se utilizar a expressão “Programa de Leniência” para referir-se a ambos os programas.

⁶ Isto é, se o indivíduo é o primeiro a levar a prática ao conhecimento da autoridade, ou se a autoridade de defesa da concorrência já tinha conhecimento sobre o ilícito em questão.

⁷ Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

⁸ Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na [Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990](#), e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), e os tipificados no [art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940](#) - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

estando essa obrigação prevista no RICADE⁹. Significa dizer que a assunção da prática delituosa – ou a confissão administrativa da prática do ilícito de cartel – é uma obrigação para o indivíduo ao celebrar o acordo com a autoridade.

Em casos de cartéis em licitações, por exemplo, um indivíduo que optasse por colaborar com a autoridade de defesa da concorrência em eventual TCC, precisaria reconhecer, ainda que administrativamente, a prática de condutas penalmente tipificáveis de (i) cartel (Art. 4º da Lei 8.137/1990); (ii) fraude à licitação (art. 90 da Lei 8.666/93); e (iii) associação criminosa (Art. 288 do Código Penal), o que poderia acarretar em uma pena máxima de 12 (doze) anos. Considerando a legislação penal, tal pena importaria na aplicação do regime fechado ao praticante do ilícito. Ora, considerando que a principal preocupação das pessoas físicas praticantes do ilícito é eventual encarceramento, torna-se questionável se o indivíduo optará por colaborar com o CADE, tendo em vista o aumento de exposição no âmbito penal.

Assim, a presente pesquisa buscará verificar se o modelo utilizado no Brasil para celebração de TCC tende a estimular ou desestimular a realização destes acordos, especialmente em um cenário que não há uma integração efetiva entre o CADE e o Ministério Público. Essa ausência de alinhamento institucional possibilita que este último – apesar dos nítidos benefícios que o Compromissário trará à investigação conduzida pelo CADE – possa repreender, de maneira ainda mais forte, o indivíduo que pretender colaborar com a Administração Pública. Com base nisso, o presente trabalho buscará propor uma alternativa legislativa para um aprimoramento do Programa de Leniência da Autoridade de Defesa da Concorrência, bem como outras medidas que devem vir a ser adotadas para a dissuasão desta prática tão nefasta.

Isso porque, torna-se cada vez mais premente a necessidade de uma maior interlocução entre as autoridades e a criação de um sistema que preveja algum tipo de benefício para aquele que optar por colaborar com o CADE, mesmo após a instauração do Processo Administrativo. Além disso, faz-se necessário que o Ministério Público,

⁹ Art. 184. Tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, o compromisso de cessação deverá, necessariamente, conter reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário

titular da ação penal, atue de maneira mais efetiva no combate a esse tipo de ilícito, visto que, conforme será mostrado em seção específica, em muitos casos o *Parquet* acaba por não realizar a denúncia pelo crime de cartel, apesar de deter um relato minucioso da conduta, bem como prova e documentos que comprovam a sua ocorrência.

O objetivo do presente trabalho, portanto, é analisar se a atual modelagem do TCC, sob o enfoque do indivíduo tende a estimular a sua celebração. Isso porque, antes de decidir por colaborar com a autoridade de defesa da concorrência, o potencial Compromissário sopesa os riscos – e benefícios – de eventual negociação e celebração de acordo e toma a decisão de seguir o caminho que lhe trouxer um maior bem estar. Tal sopesamento se dá, considerando se tratar de indivíduos racionais, a partir da Teoria dos Jogos, mais especificamente no que se refere ao Dilema do Prisioneiro.

O que se pretende demonstrar, entretanto, é que no modelo atual de TCC e especificamente para pessoas físicas, os incentivos para colaborar com a autoridade de defesa da concorrência podem ser baixos, ou pouco atrativos, pois o reconhecimento do ilícito em âmbito administrativo implica em uma evidente exposição no âmbito penal. Não é por outra razão que a criminalização desta conduta é vista como o principal elemento dissuasório da realização desta prática, tendo o legislador pátrio, a partir da Lei 12.529/2011, exigido que os crimes de cartel fossem, também, penalmente reprimidos por meio de penas restritivas de liberdade.

Dessa forma, a correta estruturação de um Programa de Leniência considerando os seus pilares de formação, bem como a utilização da criminalização como elemento indutor para propiciar mais acordos cria incentivos positivos, com base na Teoria dos Jogos, para confissões, auxiliando o Estado a dismantelar organizações criminosas, impedindo assim a continuidade do ilícito, bem como dissuade práticas futuras, além de possibilitar que o Estado recupere parte do prejuízo imposto à sociedade.

Assim, após a apresentação dos elementos que compõem os pilares de criação dos Programas de Leniência¹⁰, será abordado, mais detidamente, a necessidade de se garantir segurança jurídica para os indivíduos que optarem por colaborar com a Administração Pública, evitando-se, ou diminuindo, a sanção aplicada por outras autoridades com base em relatos apresentados ao CADE em eventual negociação. Como já exposto por RUFINO (2016, P.7), a “*a previsibilidade do programa é essencial para facilitar a tomada de decisão pela confissão, em um ambiente de incentivos baixos*”.

É importante ter em mente que o Brasil vive um momento em que soluções negociadas no âmbito penal vêm ganhando cada vez mais destaque, mormente após a operação Lava Jato. Assim, e como expõe SUXBERGER et GOMES FILHO (2016, P. 378)¹¹, existe um padrão de expansão no direito penal que originou novos instrumentos para solução jurídica dos problemas penais, classificados como negócio processual penal ou negócio penal, o qual também é verificável em outras esferas do direito, como é o caso do Direito Administrativo. Surge, nesse contexto, um espaço de consenso no ordenamento jurídico brasileiro¹², que possibilita a realização de transações entre o Estado e agentes privados que cometeram ilícitos para que esses, de um lado, exponham os meandros do ilícito e o Estado, de outro lado, realize uma mitigação da pena ou sanção aplicável.

Esse espaço de soluções negociadas, oriunda das legislações específicas, possibilitou a existência de, ao menos, 7 (sete) tipos de Acordos de Leniência, os quais podem ser celebrados com as seguintes autoridades: CADE, Banco Central (“BCB”), Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”), Controladoria Geral da União (“CGU”), Advocacia Geral da União (“AGU”), Tribunal de Contas da União (“TCU”) e Ministério

¹⁰ (i) Garantir previsibilidade e segurança jurídica para o Leniente; (ii) Garantir o sigilo das negociações; (iii) Criar uma corrida para delação; e, por fim, (iv) levar em consideração a Regra de Ouro e os Aspectos morais de o indivíduo optar pela delação.

¹¹ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano e GOMES FILHO, Dermeval Farias. *Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal Negocial*, v. 13, n. 1, 2016.

¹² Para maiores informações sobre o tema, vide: OLIVEIRA, Rafael Serra. Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal. São Paulo: Almedina, 2015. p. 71-76. TOJAL, Sebastião Botto de Barros e TAMASAUSKAS, Igor Sant’anna. “*A leniência anticorrupção: primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para o instituto.*”. In: Colaboração Premiada, 2018.

Público (“MP”). Estes acordos permitiram o desenvolvimento de diversas investigações, especialmente aquelas destinadas a repressão de crimes organizados, tendo especial destaque a Operação Lava Jato a qual, se desenvolveu, em grande medida, em virtude dos acordos de colaboração realizados entre a autoridade e os investigados.

Ocorre que, a despeito do desenvolvimento de proeminentes investigações, que desmantelaram diversas organizações criminosas, é possível crer que o atual modelo de TCCs cria incentivos negativos para a celebração por pessoas físicas. Isso porque, a despeito de preverem descontos e o encerramento das investigação perante a autoridade de defesa da concorrência, o indivíduo é obrigado a assumir a participação na conduta ilícita.

Nesse contexto, ao admitir a participação em condutas que podem ser, ao mesmo tempo, infrações administrativas e ilícitos penais, dado o sistema bimodal de aplicação de penalidades – também denominado de modelo multifacetado – os indivíduos poderão optar por não colaborar haja vista o fundado receio de virem a ser processados penalmente em virtude do relato fornecido à autoridade antitruste.

Dessa forma, o presente trabalho está estruturado da seguinte forma. O primeiro capítulo consiste na presente introdução. No segundo capítulo será apresentado o modelo econômico desenvolvido por John Nash da Teoria dos Jogos, por meio do qual os agentes, antes de tomarem determinadas decisões, utilizam-se da sua racionalidade para verificar qual seria a melhor escolha – isto é, a que lhe renderá o melhor resultado – diante de determinada situação. Trata-se, portanto, de um modelo utilitarista e pragmático para tomada de decisões. A partir daí, e aproximando essa teoria da discussão jurídica, será apresentado o modelo do Dilema do Prisioneiro e como a utilização da Teoria dos Jogos pode servir – e pode ser utilizada – para o desenvolvimento de efetivos Programas de Leniência.

No terceiro capítulo, e considerando que a prisão tende a ser o principal elemento dissuasório da prática destes ilícitos por pessoas físicas, será abordada a evolução da legislação antitruste que passou, a partir da Lei 12.529/2011, prever que os crimes de

carteis deveriam ser sancionados por meio da aplicação de uma pena pecuniária, bem como passou a exigir a aplicação de pena restritiva de liberdade. Ou seja, em outras palavras, verificou-se um recrudescimento da legislação brasileira que passou a exigir que, além da aplicação de multa, também fosse promovido o encarceramento daqueles que praticassem o cartel.

Ademais, também será exposto neste capítulo, em grande medida a partir da evolução legislativa Norte-Americana - por se tratar do país com a legislação antitruste mais desenvolvida e o país que mais realiza encarceramento desta conduta - que a criminalização do cartel cria incentivos para os infratores buscarem a autoridade de defesa da concorrência para relatarem a prática ilícita, especialmente quando estamos diante de programas bem estruturados, que garantem um alto grau de previsibilidade e segurança jurídica para os potenciais colaboradores.

A mera criminalização, entretanto, não é o único requisito para robustecer um Programa de Leniência. Assim, e conforme será abordado no capítulo quatro, será apresentado um histórico destes programas e sua relevância para o Estado, bem como os principais requisitos necessários para se estruturar um Programa de Leniência que seja, ao mesmo tempo atrativo para os infratores, e efetivo para o combate a esta modalidade de crime organizado e sofisticado.

Dentre os requisitos, os principais são a previsibilidade, segurança jurídica e transparência que deve ser garantida ao infrator, tanto antes da celebração, quanto após a assinatura destes acordos com a autoridade, especialmente com o fato de o indivíduo não vir a ser sancionado em outras esferas com base no relato apresentado em forma cooperativa com o CADE.

O indivíduo, neste aspecto, precisará estar, ao encerrar uma dada negociação com o CADE, em uma posição melhor do que quando iniciou as negociações (“Regra de Ouro”), pois, caso contrário, e conforme exposto pela Teoria dos Jogos, se a escolha de negociar com a autoridade não se tratar da Escolha Dominante para o indivíduo, este deixará de colaborar com a autoridade e adotará uma postura combativa ao longo do processo.

O quinto capítulo apresentará uma alternativa para se aprimorar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência no combate a estes ilícitos.

Assim, em primeiro lugar será exposta a evolução legislativa que se verificou no Brasil em relação às condutas colusivas. Posteriormente, será apresentado como o modelo de TCCs no âmbito antitruste possui benefícios assimétricos em relação ao Acordo de Leniência. Em que pese isso seja aceitável, pois ainda que os incentivos àquele que for o primeiro a delatar precisam ser robustos – e significativos – o suficiente para que esse retire-se do cartel para delatar a conduta ilícita ao Estado, o que se verifica é que a ausência de quaisquer benefícios penais para os demais investigados tenderá a desincentivar que pessoas físicas busquem a autoridade, ainda que a conduta ilícita já esteja sendo investigada pelo CADE. Assim, esta insegurança jurídica tende a criar prejuízos ao desenvolvimento destes acordos de TCC com o CADE, e poderá dificultar as investigações as serem empreendidas tanto pela autoridade de defesa da concorrência, quanto pelo MP.

Também será analisado neste tópico, a partir de um estudo empírico das Ações Penais da Lava Jato, se o Ministério Público, a despeito de ter feito parte dos 16 (dezesseis) Acordos de Leniência celebrados pelo CADE, tem atuado no sentido de combater essa modalidade de crime organizado, realizando denúncias e atuando de forma efetiva.

Por fim, será apresentado uma sugestão para o aprimoramento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, seja por uma alteração legislativa para se garantir algum tipo de benefício penal aos executivos, seja por uma sugestão de atuação mais efetiva do Ministério Público no combate a esse ilícito.

TEORIA DOS JOGOS – UMA ANÁLISE DOS AGENTES ECONÔMICOS RACIONAIS

a) A Teoria dos Jogos

A Teoria dos Jogos é um modelo econômico, desenvolvido por John Nash que busca fornecer uma explicação sobre a o processo de tomada de decisões realizada por indivíduos racionais. Segundo o modelo, indivíduos racionais buscariam maximizar o seu resultado por meio de decisões que lhes trouxesse o melhor resultado, levando-se em conta as decisões que os outros agentes deverão tomar. Como expõe MARINHO¹³ (2011)

A Teoria dos Jogos é um método racional de modelagem dos processos de tomada de decisão, aplicável principalmente em situações em que a decisão de um agente econômico influencia a decisão do outro - ou, em outras palavras, situações em que "eu penso no que você pensa". Modelado o problema, é possível identificar a decisão que apresenta o melhor resultado econômico, conhecido como "equilíbrio de Nash" "a melhor decisão possível, levando-se em conta a decisão do outro".

Contudo, para a sua correta explicação, deve-se apresentar os seus conceitos básicos, para que seja possível o correto entendimento deste modelo econômico. Salienta-se, entretanto, que o presente trabalho não busca se aprofundar na análise deste importante modelo, o que dependeria de um estudo específico somente para apresentar as suas mais diversas facetas. A análise aqui realizada serve, tão somente, para apresentar o que se passa na mente de um determinado indivíduo quando este opta por realizar a conduta ilícita, bem como quando busca a autoridade para cooperar.

b) Conceitos Básicos: Jogo, jogadores, estratégia e Resultado

Como o próprio nome diz, a Teoria dos Jogos busca explicar, a partir do conceito de um “**Jogo**” como agentes racionais buscariam maximizar os seus resultados levando-se em consideração a escolha dos outros “**jogadores**”. A razão pela qual, possivelmente, o referido modelo ganhou tanta evidência se dá pelo fato de o jogo ser algo elementar na vida do ser humano, como expõe GADAMER (1985 P. 37)¹⁴.

¹³ MARINHO, Raul. Prática na Teoria: aplicações da Teoria dos Jogos e da evolução aos negócios. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁴ *A primeira evidência que precisamos levar em conta é que o jogo é uma função elementar da vida do homem, de tal sorte que a cultura humana, sem um elemento de jogo, é impensável. (...) É louvável lembrar-se aqui o dado elementar do jogo humano em suas estruturas, a fim de que o elemento lúdico da arte torne-se visível, não apenas de modo negativo, como libertação de objetivos obrigatórios, mas*

Para além do Jogo e do jogador, esse modelo baseia-se em outros dois conceitos, quais sejam: **estratégia** e **Resultado**.

Como exposto por RUFINO (2016)¹⁵, em relação à primeira característica desse modelo – o Jogo – esse ocorreria quando um determinado grupo de jogadores atuassem em um certo ambiente, com suas respectivas estratégias para obtenção do resultado que busca maximizar o retorno da sua escolha. O jogo só fará sentido, entretanto, se permitir a interação entre os jogadores, pois, caso contrário, o jogo não será cooperativo, sendo pressuposto a existência de mais de um jogador¹⁶.

Os jogadores, por sua vez, seriam aquelas pessoas, físicas ou jurídicas, de natureza pública ou privada, que, dentro do espaço do Jogo, tomariam as decisões com objetivo de maximizar o seu resultado. Para explicação desse modelo, pressupõe-se que existam, ao menos, dois jogadores. Os modelos econômicos – dentre eles o do Dilema do Prisioneiro, que será exposto adiante – utilizam-se de dois jogadores, existindo, entretanto, outros modelos com uma maior pluralidade de jogadores¹⁷.

Em virtude da existência do jogo, cada um dos jogadores adotará suas estratégias no sentido de tomar decisões que maximizem o seu resultado. Nesse contexto, *a Teoria*

como impulso livre. GADAMER, Hans-Georg. A atualidade do belo. A arte como jogo, símbolo e festa. Trad. Celeste Aínda Galeão, Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, 1985. P. 37.

¹⁵ “*Há um jogo sempre que um conjunto de agentes interagir em um ambiente comum, adotando cada qual sua respectiva estratégia, em busca de resultados que cada um desses agentes definir como convenientes (BINMORE, 2007, p. 1). Pode-se inferir, daí, que os elementos básicos do conceito de jogo são o jogador, o espaço estratégico e o resultado*”. RUFINO, Victor Santos. *Os Fundamentos da Delação: Análise do Programa de Leniência do Cade à Luz da Teoria dos Jogos*. 2016. Universidade de Brasília. P. 21.

¹⁶ Como expõe PINDYCK e RUBINFELD (2013): “*Jogo é qualquer situação na qual jogadores (os participantes) tomam decisões estratégicas, ou seja, decisões que levam em conta as atitudes e respostas dos outros. (...) Os jogos econômicos praticados pelas empresas podem ser cooperativos ou não cooperativos. Um jogo cooperativo ocorre quando os participantes podem negociar contratos vinculativos de cumprimento obrigatório entre si, o que lhes permite planejar estratégias em conjunto. Um jogo não cooperativo ocorre quando não é possível a negociação e não há mecanismos para obrigar o cumprimento de contratos entre os participantes. (...) Observe que a diferença fundamental entre os jogos cooperativos e os não cooperativos está na possibilidade de negociar e implementar contratos.*” PINDYCK, Robert e RUBINFELD, Daniel. *Microeconomia*. 8a Edição. Editora Pearson, 2013. P. 483, 484

¹⁷ Nesse sentido, vide McCARTY, Nolan; MEIROWITZ, Adam. *Political game theory: an introduction*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 171-176.

dos Jogos busca avaliar enfrentamentos de atores de determinada situação real — denominada de “jogo” — examinando-se quais são as alternativas possíveis de comportamento que se apresentam, atribuindo-lhes valor e entrecruzando respostas de um e de outro, tudo de modo a aquilatar quais cenários serão mais ou menos favoráveis¹⁸.

Assim, dentro de uma infinidade de possíveis escolhas, o jogador escolherá aquela que, do ponto de vista racional, e considerando a possível estratégia do oponente, render-lhe-á os melhores frutos. Por sua vez, o resultado, também conhecido como *pay-off*, é o valor atribuído para a estratégia escolhida.

Para um agente racional, busca-se ao longo do jogo, por meio da estratégia escolhida, com base no que se imagina que o seu oponente irá realizar, maximizar o resultado da sua escolha, sendo, assim, o que se denomina de Escolha Dominante. Essa teoria, portanto, parte do pressuposto que os agentes econômicos, isto é, os jogadores, possuem conhecimento das regras que balizarão o jogo, quais são os seus adversários e suas possíveis estratégias, bem como as suas respectivas preferências, ou seja, qual o resultado pretendido pelo outro jogador.

Verifica-se, assim, que a Teoria dos Jogos tem como cerne a ideia de que os agentes são racionais¹⁹ e que, portanto, sopesam suas escolhas com base na inteligência, buscando sempre aquelas estratégias que lhe promovam um maior *pay off*, como expõe RUFINO (2016)

Orientando a racionalidade, estão os conceitos de utilidade, transitividade e completude (CALLIARI, 2003, p. 11-15). Especificamente para a Teoria dos Jogos, Von Neumann e Morgenstern, por meio do teorema da maximização da utilidade esperada (BINMORE, 2007, p. 5-7) definem que qualquer agente racional confere valores aos resultados possíveis em um determinado

¹⁸ ALAN, José Alexandre da Silva Zachia. *Novos aspectos relacionados com a leniência e a corrupção. Uma abordagem na perspectiva da Teoria dos Jogos*. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 275, p. 189-222, maio/ago. 2018. P.204.

¹⁹ Em oposição ao pensamento racionalista empreendido pela Teoria dos Jogos, foi criada a Teoria do Behavioral Economics, as quais indicam que os indivíduos não agiriam de modo completamente racional. Para maiores informações sobre o tema, vide JOLLS, SUSTEIN e THALER (1998) e JOLLS (2006).

jogo, indicando assim a sua ordem de preferência e tomando suas decisões de forma a maximizar a utilidade esperada. É a partir da atribuição de valores de utilidade em um jogo que se pode prever como cada jogador se comportará.

O que é importante ter em mente é que, ao elaborar a sua estratégia, o jogador busca sempre maximizar o seu resultado. Ocorre, entretanto, que o jogador não tem conhecimento de qual será a estratégia dos demais jogadores, de modo que a racionalidade do indivíduo é limitada. Assim sendo, o jogador supõe qual seria a estratégia do oponente e, a partir daí, formula a estratégia Dominante, isto é, aquela estratégia que lhe promoverá o melhor resultado²⁰. Essa assimetria de informações faz com que o jogador tenha que sempre tentar antecipar o movimento dos demais jogadores²¹.

A Teoria dos Jogos é explicada por FUNDENBERG e TIROLE (1991)²² a partir de um modelo econômico muito simples, qual seja: dois caçadores, simultaneamente, saem para caçar. Ao iniciarem a caça, os caçadores devem escolher, simultaneamente e sem qualquer tipo de contato entre eles, se pretendem caçar (i) veados; ou (ii) lebres. Nesse jogo, o resultado esperado com a caça são os seguintes: A lebre vale 1 (um) ponto, ao passo que o veado vale 4 (quatro) pontos. Dessa feita, a escolha racional, a princípio, seria caçar sempre um veado.

Ocorre que, se ambos buscarem caçar veado, eles conseguirão caçar um veado e o compartilharão igualmente, de modo que o resultado dessa caça é de 4 (quatro) pontos, sendo dividido entre ambos – totalizando assim 2 (dois) pontos para cada. Se

²⁰ Segundo PYN DYCK e RUBINFIELD (2013, P. 486) Iniciaremos apresentando o conceito de estratégia dominante — aquela que é ótima independentemente do que o oponente venha a fazer. (...) Quando cada jogador tem uma estratégia dominante, chamamos o resultado do jogo de equilíbrio em estratégias dominantes. Esses jogos podem ser analisados objetivamente, pois a estratégia ótima para cada jogador pode ser determinada sem a preocupação com as ações dos outros. PINDYCK, Robert e RUBINFIELD, Daniel. Microeconomia. 8a Edição. Editora Pearson, 2013.

²¹ Como bem expõe ROSA (2019, P.183 e 184): “Mas a protagonista dos jogos processuais é sempre uma ação humana, nos limites da sua racionalidade limitada, e daí a importância da Teoria dos Jogos. (...) No jogo processual os agentes podem esconder ações táticas e isso implica que a informação será sempre imperfeita/incompleta, gerando, assim, a necessidade de antecipação dos sentidos possíveis.” ROSA, Alexandre Morais DA. Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos. 5a Edição. Editora EMAIS. 2020.

²² FUNDENBERG, Drew and TIROLE, Jean. Game Theory. Massachusetts Institute of Technology. 1991. P. 3.

ambos caçarem lebre, cada um pegará uma lebre, de modo que o resultado dessa caça é de 2 (dois) pontos – totalizando assim 1 (um) ponto para cada. Se um objetiva caçar uma lebre enquanto o outro busca caçar um veado, o primeiro pega uma lebre e o segundo não conseguirá caçar nada, de modo que, para o primeiro, o resultado é de 1 (um) ponto, ao passo que para o segundo é de 0 (zero) ponto. O modelo pode ser explicado pela tabela abaixo:

Tabela 1 – Teoria dos Jogos e o Modelo da Lebre e do Veados

	Caçar Lebre	Caçar Veados
Caçar Lebre	A (1), B (1)	A (0), B (4)
Caçar Veados	A (0), B (1)	A(4), B(0)

Chega-se, aí, a uma conclusão de que a escolha racional mais adequada para ambos os indivíduos é, simultaneamente, caçar veados, pois essa é a escolha que trará o melhor resultado útil para os indivíduos.

Essa Escolha Dominante permite chegar a um equilíbrio, ou mais precisamente um "Equilíbrio de Nash", por meio do qual nenhum jogador possuiria um incentivo unilateral para mudar sua estratégia. Desse modo, os jogadores, portanto, encontram-se em um ponto de equilíbrio, de modo que nenhum deles, caso altere unilateralmente sua estratégia, obterá um melhor resultado. Significa dizer que a escolha de ambos por caçar veados é uma Escolha Dominante. O Equilíbrio de Nash, segundo os referidos economistas, pode ser traduzido da seguinte forma:

A Nash equilibrium is a profile of strategies such that each player's strategy is an optimal response to the other players' strategies. (...) Nash equilibria are "consistent" prediction of how the game will be played, in the sense that if all players predict that a particular Nash equilibrium will occur then no player has an incentive to play differently²³.

Assim sendo, como expõem os autores, o Equilíbrio de Nash ocorrerá quando os jogadores estiverem em uma situação onde se torna impossível a obtenção de um melhor resultado, independentemente da mudança da estratégia. No caso mencionado,

²³ FUNDENBERG e TIROLE (1991 P.11 e 13)

se um dos indivíduos buscasse caçar lebre, ao invés de veado, o resultado obtido seria pior do que aquele que seria alcançado com a escolha de caçarem veados. Nesse contexto, o Equilíbrio de Nash traduz, do ponto de vista racional, o melhor resultado possível de ser obtido pelos jogadores em um determinado jogo. Esses resultados serão estáveis, pois traduzem a melhor escolha para o agente e, portanto, não deveriam ser alterados²⁴.

Segundo diversos autores, dentre eles STEPHAN e NIKPAY (2006)²⁵, a Teoria dos Jogos poderia ser um caminho para, no âmbito do Direito Antitruste, explicar a razão de empresários ingressarem em acordos anticompetitivos. Segundo os autores, antes da prática do crime, os empresários – agentes racionais – sopesariam o ganho obtido a partir da referida violação em face da expectativa de serem punidos. Conforme expõe MARTINEZ (2013, P.69):

Como vimos acima, a teoria econômica aplicada ao Direito Penal parte de alguns pressupostos metodológicos importados da ciência econômica: **a teoria parte da premissa de que os agentes são racionais. Ela também parte de uma definição particular da racionalidade humana - a de que o *homo economicus* age, em regra, para maximizar a sua utilidade.** Vale dizer, dados dois cursos de ação alternativos, a análise econômica do direito conclui que o agente irá adotar aquele que, à luz das informações que tem no momento da decisão, lhe trará o maior benefício esperado, medido em termo de bem-estar. Daí extrai o conceito de dissuasão da norma penal como aquele efeito que reduz ou elimina o benefício esperado do crime, e, portanto, sua prevalência. (...) Nesse contexto, vale revisitar o que a literatura empírica mais recente nos ensina acerca de nossa hipótese central: a de que o efeito dissuasório do direito penal guarda relação direta com o aumento esperado do custo do crime e, por derivação, das suas premissas metodológicas - o criminoso, como

²⁴ Segundo PINDYCK e RUBINFELD (2013), lembre-se de que o equilíbrio de Nash é um conjunto de estratégias (ou ações) no qual cada jogador faz o melhor que pode em função das ações de seus oponentes. Uma vez que cada jogador não possui estímulos para se desviar de seu equilíbrio de Nash, as estratégias são estáveis.

²⁵ The model of deterrence that forms much of the basis of modern cartel enforcement is the economic theory of optimal deterrence advocated by the economist Gary Becker and inspired by the writings of Jeremy Bentham. This theory assumes that before committing an economic crime, rational firms will balance the expected gain from a violation (in terms of illegal profits) against the expected punishment (the size and likelihood of the penalty). Deterrence is therefore a function of the size of the penalty and the probability of detection, ‘altering the potential offender’s balance of expected costs and benefit in such a way as to induce him to refrain from undesirable action’. STEPHAN, Andreas and NIKPAY, Ali. *Leniency Theory and Complex Realities*. CCP Working Paper (2006). ISSN 1745-9648. P.4

regra geral, é racional, e sua racionalidade é similar àquela descrita pelo *homo economicus*: o agente é maximizador de seu bem estar.

Nesse contexto, a dissuasão de determinado agente do cometimento da prática de um ilícito seria uma função que levaria em consideração o tamanho da penalidade e, também, da probabilidade de detecção e punição do indivíduo pela prática ilícita perpetrada, como salientado por POSNER (2001)²⁶.

No âmbito do Direito Antitruste, assim como nas demais áreas, o agente praticante do ilícito balizará a sua escolha conforme determina a análise econômica do direito, de modo que, uma maior pena, aliada a um maior probabilidade de detecção e a certeza de sanção, importarão em um claro elemento dissuasório, como alude MARTINEZ²⁷ (2013, P.72). Entretanto, caso uma destas três bases do tripé detecção-punição-sanção não ocorrer, o indivíduo optará por realizar a prática ilícita e colher os benefícios, isto é, os lucros, oriundos do ilícito.

Daí a relevância da Teoria dos Jogos para a análise econômica do direito, servindo tanto para indicar as razões pelas quais um indivíduo ingressa em uma prática ilícita, bem como possibilita criar modelos para tentar desestabilizar acordos ilícitos em curso, o que possibilita uma maior detecção e punição de agentes infratores. No âmbito do Direito, a Teoria dos Jogos ganhou especial relevância a partir do modelo do Dilema dos Prisioneiros.

c) O Dilema dos Prisioneiros

O Dilema do Prisioneiro, criado em 1950 por Merrill Flood e Melvin Dresher, é, provavelmente, o modelo mais utilizado para explicar como a Teoria dos Jogos pode

²⁶ “Rational person is influenced by his decision whether to engage in criminal activity by the probability of punishment as well as by the magnitude of the punishment imposed if it is imposed. A. POSNER, Richard. *ANTITRUST LAW*, n. 87 (2d ed. 2001), P.271;

²⁷ Concluímos assim que no caso da conduta cartelizadora, o agente econômico responderá aos incentivos da forma prescrita pela análise econômica do direito: uma maior severidade da pena e uma maior probabilidade de detecção diminuirão a incidência da prevalência do crime. MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a carteis: a interface entre Direito Administrativo e Direito Penal*. Editora Singular. 2013, p. 72.

ser aplicada no âmbito do direito²⁸. De acordo com este modelo, duas pessoas são detidas pela prática de dois crimes. Ocorre que, apesar de terem cometido dois ilícitos, a autoridade somente detém provas em relação ao crime mais leve, cuja pena de prisão é de um ano.

Contudo, e com objetivo de condenar, ao menos, um dos indivíduos pela prática do ilícito mais grave a autoridade investigadora necessita que algum dos comparsas coopere com a investigação, visto que não será possível a obtenção das provas a partir de uma investigação isolada. Portanto, e na tentativa de convencer para que um dos agentes colabore com a investigação, a polícia passa a oferecer aos indivíduos, os quais estão isolados e incomunicáveis entre si, a possibilidade de realizar um acordo, o qual é o seguinte:

- (i) Caso o colaborador confesse a prática do delito mais grave, esse não será punido por nenhum dos dois ilícitos, desde que seu comparsa não confesse. O comparsa, por sua vez, ficará preso por três anos;
- (ii) Se ambos confessarem, os dois ficarão presos por dois anos em virtude do delito mais grave;
- (iii) Se ambos não confessarem, ambos ficarão presos por um ano pela prática do delito mais leve; e
- (iv) Se não confessar, mas o comparsa o fizer, aquele ficará preso por três anos, ao passo que este estará livre.

²⁸ FURDENBERG e TIROLE definem o Dilema do Prisioneiro da seguinte forma: “*The story behind the game is that two people are arrested for a crime. The police lack sufficient evidence to convict either suspect and consequently need them to give testimony against each other. The police put each suspect in a different cell to prevent the two suspects from communicating with each other. The police tell each suspect that if he testifies against (doesn't cooperate with) the other, he will be released and will receive a reward for testifying, provided the other suspect does not testify against him. If neither testifies, both will be released on account of insufficient evidence, and no rewards will be paid. If one testifies, the other goes to prison if both testify, both will go to prison, but they will still collect rewards for testifying. In this game, both players simultaneously choose between two actions. If both players cooperate (C) (do not testify) they get 1 each. If they both play noncooperatively (D, for defect), they obtain 0. If one cooperates and the other does not, the latter is rewarded (gets 2) and the former is punished (gets -1). Although cooperating would give each player a payoff of 1, self-interest leads to an inefficient outcome with payoff.*” FUNDENBERG, Drew and TIROLE, Jean. *Game Theory*. Massachusetts Institute of Technology. 1991. P.10.

Na tentativa de deixar o referido mais claro, LESLIE (2004)²⁹ cria uma nova situação onde o ilícito de menor gravidade possui pena de 1 (um) ano e o de maior gravidade de 10 (dez) anos. Assim, ao serem pegos pelo crime de menor gravidade, a confissão se torna extremamente atraente, conforme pontua o autor

From Prisoner A's perspective, he should confess. If Prisoner B does not confess, then A has to choose between one year in jail for the minor crime or no time in jail as the reward for providing evidence against B. A's rational choice is to confess and receive no jail time. If Prisoner B does confess, then A will receive a ten-year sentence if he does not confess and only a five-year sentence if he also confesses. The rational choice is to confess and serve five years in prison instead of ten. Thus, A is better off confessing regardless of whether or not B confesses. This makes confessing A's dominant strategy. Prisoner B's calculus is the same. Thus, if each prisoner pursues his individual self-interest, both prisoners will confess. In addition, confessing protects each prisoner against suffering his worst outcome of remaining silent while the other prisoner confesses or, as Edna Ullmann-Margalit describes it, being a sucker. Confessing is also the only decision that leaves open the possibility of a player achieving his most preferred outcome. Both of these facts interact to make confession appear rational

Segundo este mesmo autor em outra obra³⁰, quando inexistirem evidências suficientes para ensejar a condenação, a criação do Dilema do Prisioneiro seria, para o Estado, a melhor opção. Tal situação seria, por exemplo, extremamente benéfica em casos de crimes contra a ordem econômica, cujos ilícitos são de difícil detecção:

When investigating a crime for which there is insufficient evidence to secure a conviction, the prisoner's dilemma is the prosecutor's best weapon. It is significantly easier to secure a conviction when one or more members of a conspiracy has confessed. This is especially true in cases of criminal price-fixing conspiracies, which are difficult to prove in the absence of testimony from a cartel participant. In addition to providing powerful firsthand evidence of the cartel's operation, the confessor can lead prosecutors to other admissible evidence that proves the existence of the cartel beyond a reasonable doubt. The conundrum for authorities is how to convince a cartel member to break ranks and cooperate with the government

²⁹ LESLIE Christopher L. Trust, Distrust and Antitrust. Texas Law Review. V. 82, Number 3. 2004, P. 517-680

³⁰ LESLIE, Christopher R., Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. Journal of Corporation Law, Vol. 31, pp. 453-488, 2006. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=924376>

investigation. The most efficient way to do this is to create a prisoner's dilemma. (...) In the context of price-fixing conspiracies, the absence of a provable minor crime means that firms may reasonably calculate that it is more profitable to continue the cartel than to expose it. Continuing the cartel means a stream of cartel profits. That is why the firms entered the cartel in the first place. Confessing first means no prison for the executives engaged in price-fixing. But so long as the cartel is stable and undetected, nobody is going to prison. No prison with cartel profits is preferred over no prison without cartel profits. If no member of the cartel has confessed and the cartel appears stable, then self-interest counsels against defection.

O Dilema do Prisioneiro, portanto, traduz a seguinte situação: ambos os indivíduos terão um maior ganho conjunto se atuarem de forma cooperativa. Contudo, do ponto de vista individual, existirão incentivos para que o indivíduo traia o seu comparsa, pois, caso o outro não o faça, aquele que delatou ficará livre da persecução penal³¹. Significa dizer que o Equilíbrio de Nash, e a Escolha Dominante, ocorreria quando ambos os indivíduos não confessassem a prática do ilícito de modo que o somatório das penas seria de, no máximo, dois anos.

Contudo, e com objetivo de condenar o indivíduo pela prática de um crime mais danoso, o Estado fornece benefícios àquele que confessar, alterando os incentivos do jogo, e acaba por induzir que ao menos um dos indivíduos opte pela delação. Nesse contexto, o pior cenário para o indivíduo, que seria não confessar o crime e ver o seu comparsa confessar, torna-se mais provável, o que desestabiliza a relação de confiança entre os comparsas³². Assim, conquanto a adoção da estratégia superior, do ponto de vista do infrator, requer que ambas as partes adotem determinado comportamento de

³¹ Nesse sentido, relevante é o posicionamento de PINHA, Lucas Campio. Qual a contribuição da Teoria dos Jogos para os Programas de Leniência? Uma análise aplicada ao contexto brasileiro. In: Revista de defesa da concorrência. Vol. 6. 2018. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/download/361/194>

³² The worst outcome is still to remain silent while a partner confess. This will result in a maximum prison sentence, along with destruction of the cartel and the cessation of cartel profits, exposure to private and foreign antitrust liability, potential non-antitrust violations, and loss of reputation. However, a firm's best outcome is achieved when neither firm confesses. If a firm's partner has not confessed, then that firm should not confess either. Mutual non-confession means that both firms can continue to fix prices and earn substantial profits. Although confession may secure amnesty for a firm, the confession will destroy the cartel and expose the confessor to numerous lawsuits and other costs. Leslie, Christopher R., Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. Journal of Corporation Law, Vol. 31, pp. 453-488, 2006. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=924376>. P. 461.

não confessar, isto as coloca em posição de vulnerabilidade em relação à outra, a qual pode confessar e criar o pior cenário do jogo para aquele que não colaborar com a autoridade (LESLIE, 2006, p. 463).

Nesse contexto, a construção da confiança é requisito necessário para a própria instalação e manutenção dos ilícitos, dentre eles o cartel. Sobre este, a conduta reiterada e perene dos agentes no sentido de manter o esquema criminoso cria condições para a cooperação entre os infratores, tornando a preferência pela não confissão uma proposição menos arriscada, especialmente quando se tratam de carteis estáveis.

Dessa forma, o Dilema do Prisioneiro é, ao cabo, um jogo baseado na confiança que um agente tem em relação ao outro. A confiança é, assim, elemento central tanto para manutenção de ilícitos, pois dentro de uma organização criminosa, como ocorre nos casos de carteis, por exemplo, é necessário que os agentes confiem entre si. Isso porque, ao longo da conduta praticada, os indivíduos acabam por coletar documentos de si e de terceiros que podem servir para subsidiar eventual acordo. Além disso, a atuação do cartel prescinde que os agentes atuem de maneira coordenada, respeitando às regras do jogo.

Ocorre que no âmbito do direito antitruste, esse elemento de confiabilidade entre os pares não é verificável. Isso porque os carteis são extremamente instáveis, de modo que existe um fundado receio de que outros comparsas optem por delatar a prática ilícita ao estado, para obter os benefícios de uma eventual Leniência, bem como de alguns dos praticantes optar por “furar” o acordo e obter, para si, os lucros de todo o grupo.

Nesse contexto, na tentativa de desestabilizar essa relação de confiança e criar incentivos para que o agente deixe o acordo ilícito e delate ao Estado, foi desenvolvido o modelo do Dilema do Prisioneiro, como indica SPAGNOLO (2005, P.3)

Sustaining cooperation in illegal relationships between multiple wrongdoers requires a certain degree of trust, so one way prosecutors have traditionally fought organized crime is by shaping private incentives to play one party against the other. This is the idea behind leniency programs: ensuring that wrongdoers find themselves

in a situation as close as possible to a Prisoner's Dilemma their long term relationship notwithstanding

d) A Teoria dos Jogos e os Acordos de Leniência

Conforme exposto anteriormente, organizações criminosas – ou ilícitos que contém com múltiplos participantes – pressupõem que os seus praticantes confiem uns nos outros, de modo que permaneçam engajados na prática ilícita, sem a reportar ao Estado e sem agir em desacordo com o ajuste.

Para desestabilizar os laços de confiança entre os participantes do ilícito, foram desenvolvidos inúmeros novos instrumentos para soluções jurídicas em nosso ordenamento. Por meio destes, permite-se, assim, que o agente privado que tenha cometido o ilícito receba benefícios para expor os meandros da conduta, trazendo informações e documentos relacionados à prática³³.

O grande problema relacionado aos carteis é que ainda que se tente criar um Dilema do Prisioneiro, estes são, muito raramente, detectados pela autoridade por meio de investigações conduzidas de maneira isolada – isto é, sem a colaboração de um terceiro denunciante ou de um Signatário de um Acordo de Leniência. Ou seja, os praticantes do ilícito têm um significativo conforto de saber que a autoridade, raramente, tomará conhecimento, de maneira isolada deste ilícito, salvo se houver alguma denuncia de um afetado pela prática, ou quando algum dos praticantes optar por colaborar com a autoridade. Os carteis, portanto, são, na maioria das vezes, indetectáveis e se traduzem em lucros extraordinários para os seus participantes³⁴.

³³ Nesse sentido expõe a ICN (2014, P.3): *“Leniency encourages cartel participants to confess their cartel conduct and implicate their co-conspirators, providing first-hand, direct “insider” information or evidence of conduct. Leniency programs help to uncover conspiracies that would otherwise go undetected and can destabilise existing cartels. They also act as a deterrent to those contemplating entering into cartel arrangements”*

³⁴ *Creating trust in order to solve this second prisoner's dilemma most probably occurs through the profitability of the cartel itself. Once a cartel is established and operating, it can generate billions of dollars in illegal overcharges to customers. If a firm were to inform the authorities about the cartel, the exorbitant profits would stop. That is a powerful incentive to cooperative with one's cartel partners and not confess to government prosecutors. Knowing that successful cartelization benefits all conspirators, a firm may be willing to put itself in a vulnerable position - to trust its rival not to confess - in order to secure cartel profits.* LESLIE, Christopher R., Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability.

Nesse contexto, e considerando a escolha racional dos agentes, o Equilíbrio de Nash se traduziria na perpetuação da prática ilícita, sem que haja nenhuma traição dos seus membros, correspondendo assim à Escolha Dominante. Além disso, para que aquele que optar por colaborar com a autoridade, para além de deixar de obter os lucros do cartel este passará a ser mal visto pelos seus pares, além de se expor a indenizações cíveis. Segundo RUFINO (2016, P.30)

Ao confessar o cartel e, portanto, desmantelá-lo, o participante: (i) renuncia a todos os benefícios colhidos pela prática, tais como os lucros advindos do sobrepreço, (ii) diminui a possibilidade de participar de arranjos ilícitos futuros, devido à perda de confiança de potenciais parceiros; (iii) se expõe a indenizações cíveis pelos danos causados a particulares com a prática; (iv) se expõe a persecuções estatais diversas por ilícitos associados e que não estejam cobertos pela imunidade adquirida na confissão; (v) se o cartel tiver caráter internacional, se expõe à persecução em outras jurisdições; (vi) terá de arcar com os custos de uma investigação demorada, em que será compelido a adotar comportamento cooperativo; (vii) arcará com os danos reputacionais oriundos da investigação. Todos estes fatores concorrem para retirar a atratividade da opção confessar e, ao mesmo tempo, aumentar a atratividade da opção não confessar.³⁵

Assim sendo, para que se tenha algum grau de sucesso na detecção destes crimes, para além de conduzir efetivas investigações que permitam a detecção deste ilícito de maneira independente de qualquer Acordo de Leniência, deve o Estado buscar desestabilizar os jogadores, retirando-nos do Equilíbrio de Nash.

Nesse contexto, e para que seja possível desestabilizar o conluio, haja vista que os agentes praticantes estão auferindo significativos lucros com a manutenção prática anticompetitiva. Assim sendo, devem ser concedidos benefícios significativos àqueles que, antes mesmo da investigação estatal, "mudarem de lado". A partir daí, uma vez obtida o primeiro acordo, deve-se punir, de forma severa e exemplar, aqueles que

Journal of Corporation Law, Vol. 31, pp. 453-488, 2006. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=924376> P. 12.

³⁵ RUFINO, Victor Santos. *Os Fundamentos Da Delação: Análise Do Programa de Leniência Do Cade À Luz Da Teoria Dos Jogos*. 2016. Universidade de Brasília. P. 30.

optarem por não colaborar com a autoridade³⁶. Assim sendo, o “truque da Leniência” como expõe ATHAYDE (2019, P. 31), seria o seguinte:

Nesse sentido, Harding, Beaton-Wells e Edwards entendem que o "truque da leniência" é fazer com que cada um dos potenciais delatores saiba que o incentivo da cooperação (a "cenoura") foi oferecido para todos os partícipes do ilícito, forçando-os a decidir se e quão rápido devem "mudar de lado" e receber a rara recompensa: certa e completa segurança contra a persecução judicial. Caso não cooperem, as sanções serão aplicadas a todos os demais coautores ("o bastão"). Trata-se, assim, do instrumento da "cenoura e do bastão" ("carrot and stick approach")

Dessa forma, para que seja atrativo deixar o ilícito e colaborar com o Estado, os incentivos devem ser tão significativos que sejam capazes de desestabilizar o cartel e possibilitar que, ao menos, um indivíduo passe a considerar a Leniência como uma alternativa. Isso porque, por ser um ilícito de difícil detecção, seria plausível que os indivíduos – ausente um significativo benefício – optassem por permanecer no ilícito, usufruindo assim os lucros do cartel.

Nesse contexto, a par da Escolha Dominante ser a manutenção no ilícito, o indivíduo que optar por confessar percebe que, do ponto de vista individual, é possível que sua escolha lhe renda – única e exclusivamente para ele – um resultado superior que a manutenção do ilícito, independentemente desta escolha importar em prejuízo para os demais. O principal benefício mensurável para os indivíduos, nesse contexto, é a isenção de qualquer sanção penal para o participante da conduta. Isso porque a principal preocupação do indivíduo que pratica tais ilícitos – que se assemelham aos crimes de colarinho branco – é a de ser preso. Assim sendo, a criação de um benefício penal, com o recrudescimento da legislação penal para este crime, levando-se em conta a Teoria dos Jogos e os mecanismos de desestabilização criados pelos acordos, mostra-se como elemento indutor para a desestruturação dessa modalidade de crime organizado.

DA OPCÃO LEGISLATIVA DE CRIMINALIZAR O CARTEL

³⁶ Desde que configurada a prática do ilícito e a participação do agente na conduta ilícita.

a) A escolha legislativa brasileira por reforçar a criminalização do cartel

Carteis são acordos entre concorrentes, cujo objetivo é reduzir a produção de determinado bem ou serviço a determinado nível, ou comercializar produtos em a um preço acordado que normalmente se assemelham aos preços praticados por empresas monopolistas³⁷. Significa dizer que os carteis atuam por meio da fixação das mais diversas condições comerciais, não somente o preço dos produtos, mas também os clientes, a qualidade do produto, dentre outros.

Os carteis podem operar, portanto, por meio: (i) da fixação de preço de bens ou serviços; (ii) da fixação das condições comerciais de venda de determinado produto; (iii) da restrição da capacidade produtiva; (iv) da divisão de mercado ou clientes; ou, ainda, (v) da restrição das fontes de abastecimento. Assim, carteis buscam alterar artificialmente as condições do mercado em um processo de redução, ou até mesmo da eliminação, da concorrência e, em regra, importam no aumento das barreiras à entrada aos novos concorrentes. Além da alteração das condições comerciais acima aludidas, carteis implicam em três tipos de ineficiências econômicas³⁸, quais sejam: (i) ineficiência alocativa; (ii) ineficiência produtiva; e (iii) ineficiência dinâmica³⁹.

Em virtude disso, carteis são considerados os principais ilícitos existentes no direito antitruste e os que tem maior potencial de lesar os consumidores. Considerando o nocivo efeito da prática, os carteis são a principal fonte de preocupação das autoridades de defesa da concorrência ao redor do mundo, como salientado pela OCDE (1998).

³⁷ Tradução livre: “A cartel is an agreement among otherwise competing firms to reduce their output to agreed upon levels, or sell at an agreed upon price”. HOVENKAMP, Herbert. Federal antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice. Fourth Edition. Editora West. (2011), P. 158

³⁸ Para maiores informações sobre as ineficiências econômicas, vide: GUNSTER, Andrea et al. Do cartels undermine economic efficiency? American Economic Association Working Paper. 2011.

³⁹ Segundo MARTINEZ (2013, P. 37 e 38): “A ineficiência alocativa está relacionada a alocação ineficiente dos recursos sociais, essencialmente por conta do aumento de preços e restrição da oferta. (...) A ineficiência produtiva relaciona-se ao fato de os agentes operarem com custos mais altos do que teriam na ausência do arranjo oclusivo. Por sua vez, a ineficiência dinâmica está relacionada à perda de bem-estar social motivada pela redução dos incentivos à inovação – o cartel reduz os incentivos para que os agentes de mercado aprimorem seus processos produtivos e lancem novos e melhores produtos e serviços no mercado.”

Conforme exposto em seção pretérita, a Teoria dos Jogos indica que agentes econômicos racionais, antes de adentrarem em uma prática ilícita, sopesam alguns fatores, dentre eles a (i) probabilidade de o ilícito vir a ser detectado pelos órgãos de controle; (ii) a probabilidade de o ilícito vir a ser condenado pelos órgãos de controle; e (iii) as sanções que serão aplicadas em caso de condenações.

Nesse sentido, alguns autores chegam a pontuar que, em virtude da dificuldade de detecção desses ilícitos pelo Estado e das reduzidas sanções aplicadas, o cartel seria um ilícito cuja prática poderia “valer a pena”⁴⁰. Ou seja, sopesando-se os riscos de a conduta ser detectada e a sanção que seria aplicada, os agentes, economicamente racionais, sopesariam sua escolha e tomariam a decisão que lhe traduzisse o maior bem estar social o que, em alguns casos, poderia corresponder a realização da prática ilícita. Como exposto por MACEDO e SANT’ANA (2019, P.7), “antes de tomar a decisão de cometer ou não o ilícito o agente pondera os ganhos (benefícios) e as perdas ou custos (probabilidade de detecção e tamanho da pena)”.

Esse conceito, isto é, que os indivíduos seriam racionais e sopesariam, antes da prática de um ilícito, os riscos e benefícios foi apresentado por BECKER (1974) ao buscar estabelecer políticas públicas que desincentivassem a ocorrência dos mais diversos crimes. Estabelecer sanções penais, portanto, mostra-se como um elemento dissuasório significativo de ilícitos⁴¹, tendo em vista que a principal preocupação dos agentes é um eventual encarceramento.

⁴⁰ Nesse sentido, alguns estudos conduzidos nos EUA, onde as sanções aplicadas são ainda maiores do que no Brasil, indicaram que a prática de cartel seria um crime que “compensaria” a partir do sopesamento dos potenciais riscos. CONNOR, John M. e LANDE, Robert H. *Cartel as rational business strategy: new data demonstrates that crime pays*. VI. 34 (2012), 10.2139/ssrn.1917657 P. 1-63

⁴¹ Como expõe BARNETT (2006, P.8): *Penalties should reflect the fact that cartels inflict enormous consumer harm with no corresponding efficiency gains. Because cartelists are capable of making a cost/benefit decision that discounts a possible fine as merely a cost of doing business illegally, cartel penalties not only should be large enough to negate financial incentives to conspire, but also should include substantial jail time for responsible individuals. Nothing is a greater deterrent and nothing is a greater incentive for a cartelist, once exposed, to cooperate in the investigation of his co-conspirators than the threat of substantial incarceration in a U.S. prison*

Assim, considerando que a escolha racional do indivíduo em se engajar na prática anticompetitiva é baseada no tripé: (i) capacidade de detecção⁴²; (ii) risco de punição⁴³; e (iii) sanção aplicável⁴⁴, o estabelecimento de uma sanção penal pode se mostrar como elemento dissuasório relevante destes ilícitos que eram, até então, punidos apenas na seara administrativa. Verificou-se, no Brasil, com a Lei 12.529/2011 um endurecimento das penas referente a este ilícito, passando-se a punir, também com pena restritiva de liberdade.

Essa evolução é o que se convencionou chamar de administrativização do direito penal. Segundo apontado por OSÓRIO (2015), a sociedade moderna apresentou uma progressiva confluência entre os ramos de Direito Administrativo e Direito Penal, seja na “administrativização” do Direito Penal, seja na “penalização” do Direito Administrativo, a tal ponto que determinados institutos apresentam uma dinâmica extremamente veloz nessas transformações. A ampliação do direito penal para novas áreas, até então punidas apenas pelo âmbito administrativo⁴⁵, é um fenômeno conhecido como expansão do direito penal, como salientado por SUXBERGER e FILHO (2016, P. 383)⁴⁶:

É certo que a tutela de bens jurídicos individuais como a vida, a liberdade e o patrimônio não constituem o único espaço de atuação do Direito Penal nas legislações atuais. Os bens jurídicos supraindividuais, também chamados de coletivos e difusos, como o

⁴² Como exposto pela ICN (2019, P. 21): “*In general, a higher risk of detection incentivises more leniency applications*”. Nesse mesmo sentido a OCDE (2020, P.22), ao referir-se à criminalização da prática de cartel: *Even though the mere introduction of criminal sanctions could increase the perception of likelihood of detection and action because it would be seen as an increased commitment of time and resources to prosecute this conduct (Beaton-Wells and Parker, 2013), the actual likelihood of detection (and enforcement) remains a key factor to ensure deterrence.*

⁴³ OCDE (2020, P.4), em relação ao pronunciamento dos EUA : The Leniency Program is grounded on three indispensable cornerstones to ensure its efficacy: (a) the threat of severe and significant sanctions, (b) a heightened fear of detection, and (c) transparency and predictability regarding its application.

⁴⁴ Segundo a ICN (2019, P.13): *The obvious aim of sanctioning managers and other employees is to ensure a sufficient level of deterrence.*

⁴⁵ Esse processo de aproximação do direito penal ao direito administrativo é duramente criticada por SANCHEZ (2017) que denomina esse processo de “administrativização do direito penal” e importaria na “*introdução de novos objetos de proteção com antecipação das fronteiras da proteção penal vem propiciando uma transição rápida do modelo “delito de lesão de bens individuais” ao modelo “delito de perigo para bens supraindividuais”.* (SANCHEZ, 2017, P.145),

⁴⁶ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; FILHO, Dermeval Farias Gomes. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 13, n.1, 2016 p.377-396

meio ambiente, as relações de consumo, a ordem econômica e financeira passaram a constituir objeto da tutela penal. (...) Por consequência, os Estados passaram a adotar políticas criminais expansivas, com a tipificação de novos delitos, na busca por segurança, prestigiando a ideia de que “deve existir um direito penal com penas mais duras e violentas de modo a proporcionar segurança (...)

A criminalização do cartel, portanto, está intimamente relacionada com o que se denomina de expansão do direito penal. Esse fenômeno, intimamente relacionado com a globalização, importa na criação de novos tipos penais e proteção a novos bens jurídicos. Apesar de entender que esta criminalização se mostra relevante para a dissuasão destes ilícitos, essa aproximação, para alguns autores, se mostraria como relativamente perigosa⁴⁷, sendo alvo de inúmeras críticas pois importaria na inexistência de distinção entre o direito penal e o direito administrativo.

Nesse sentido, a aproximação do direito penal ao direito administrativo é duramente criticada por SANCHEZ (2017, P.145), que denomina esse processo de “administrativização do direito penal” e importaria na “*introdução de novos objetos de proteção com antecipação das fronteiras da proteção penal que vem propiciando uma transição rápida do modelo “delito de lesão de bens individuais” ao modelo “delito de perigo para bens supraindividuais”*”.

Apesar das inúmeras críticas em relação ao fenômeno da expansão do direito penal, a opção pela criminalização do cartel decorre, tanto, da necessidade de criar mecanismos dissuasórios para a prática deste ilícito, quanto pelo potencial nefasto que essa prática possui sobre os consumidores e sobre a própria ordem econômica. Enquanto não se tornar senso comum que essa prática importa em elevado prejuízo à sociedade e que será severamente reprimida, o cartel continuará a ser uma conduta cujas recompensas do crime compensariam.

⁴⁷ Uma visão crítica da expansão do Direito penal pode ser vista em RIPPOLEZ (2017, P.8), que chega a indicar que essa expansão do direito penal poderia constituir um abuso e importaria em um novo modelo de intervenção estatal.

Essa conduta, além importar em diversas ineficiências de mercado, tal como exposto acima, também acarreta em um sobrepreço que, segundo a OCDE (2005, P.25), poderia chegar a 70% (setenta por cento) do preço real do produto, ou serviço, comercializado. Em uma leitura mais conservadora, porém não menos assustadora, CONNOR (2005, P. 17) aponta que, após uma análise de 770 (setecentos e setenta) carteis, em média, as empresas praticariam um sobrepreço de 25% (vinte e cinco por cento) em relação ao valor do bem ou serviço comercializado em um ambiente competitivo.

Assim, considerando que carteis são, em regra, condutas que se prolongam no tempo, chegando a durar mais de décadas, e que a sanção máxima no CADE aplicável às empresas, nos termos do art. 37, I, da Lei de Defesa da Concorrência é de “20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo”, tem-se uma potencial desproporção entre o valor da sanção aplicável e o proveito econômico obtido pelas empresas cartelizantes, visto que carteis costumam durar por décadas antes de serem detectados.

Nesse contexto inclusive, recentemente, travou-se uma discussão relevante no CADE referente a incapacidade de as sanções pecuniárias aplicadas às empresas serem insuficientes para impedir a prática dos ilícitos de cartel. Assim, durante o julgamento do Processo Administrativo nº 08012.001395/2011-00, o Conselheiro João Paulo Rezende indicou que a sanção pecuniária a ser aplicada às empresas em casos de carteis seria insuficiente para evitar e dissuadir que outros agentes realizassem a prática. Nesse contexto, o referido Conselheiro sugeriu que deveria ser levado em consideração todos os anos de atuação do cartel para aplicação da sanção ideal, como fazem outras autoridades de defesa da concorrência ao redor do mundo⁴⁸. Esse posicionamento,

⁴⁸ Como exposto pelo referido conselheiro: *Em síntese: todas as jurisdições analisadas, ainda que cada qual com sua idiossincrasia, calculam uma multa-base correspondente à aplicação de uma alíquota sobre o valor das vendas afetadas pela conduta considerando todo o período de sua duração, faz ajustes específicos desse valor em função de fatores atenuantes e agravantes, e, finalmente, compara o valor final obtido com o máximo legal permitido. Parece ser um indicativo de que essa sistemática foi a que mais se adaptou à evolução dos modelos institucionais.* BRASIL. Processo Administrativo nº 08012.001395/2011-00. Relator: Conselheiro João Paulo Rezende. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYi

entretanto, foi refutado pelo Tribunal do CADE, tendo em vista que a legislação antitruste seria expressa que a multa deveria ser aplicada considerando o faturamento bruto obtido pela empresa no ano anterior à instauração do Processo Administrativo.

Assim sendo, o que se pode verificar, entretanto, é que a sanção pecuniária às empresas tende a se mostrar insuficiente para desestimular a ocorrência desses ilícitos⁴⁹, especialmente quando se verifica que apenas uma parcela ínfima de cartéis é detectada pelas autoridades de defesa da concorrência. Nesse contexto, tendo em vista a impossibilidade de a sanção pecuniária se mostrar efetiva para a dissuasão destes ilícitos, diversos países passaram a considerar o cartel uma ofensa criminal. Verificou-se assim um fenômeno global de criminalização do cartel, especialmente depois da década de 90⁵⁰.

Atualmente, países como: Canada (1889), Itália (1930), Polônia (1932), França (1953), Noruega (1960), Israel (1961), Espanha (1973), EUA (1974)⁵¹, Grécia (1977), Coreia do Sul (1980), Quênia (1988), Brasil (1990), Taiwan (1991), Islândia (1993),

[cbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPAiAAQAb6HpNspBJcxPaEaoVAXYNmWIYvR5KaZFK5dtZPM_VgG3nbGnnxCMRA6y_daMl6Sp5G0zl1F2eb_TLNK](#)

⁴⁹ Como expõe a OCDE (2013, P. 8): *As corporate sanctions rarely are sufficiently high to be an optimal deterrent against cartels, there is a place for sanctions against natural persons that can complement corporate sanctions and provide an enhancement to deterrence. There is ample empirical evidence that corporate sanctions in the form of fines are almost never sufficiently high to be an optimal deterrent, and in most cases are substantially below that level. In these circumstances, the threat of individual sanctions can strengthen the incentive of directors and employees to resist corporate pressure to engage in unlawful activity, and thus enhance the level of deterrence. Moreover, as individuals act as agents on behalf of a corporation, it makes sense to deter those individuals directly by threatening them with sanctions, and to impose such sanctions if they violate the law. Since corporate fines rarely reach a level that would maximize their deterrent effect, they also provide insufficient incentives for a corporation to effectively monitor its agents to prevent them from acting unlawfully and from putting the corporation at the risk of being fined for participating in an unlawful cartel.*

⁵⁰ Em 2011, ao menos 35 (trinta e cinco) países já tinham criado sanções penais para os crimes de cartel, como expõe SHAFFER e NESBITT (2011): *“While ten years ago cartel prosecutions were largely the province of the U.S. Department of Justice, a broad range of countries have now adopted enhanced sanctions against cartel offenses, including criminal sanctions now being available in over thirty countries. Around thirty-five countries have criminalized cartel conduct in some form, most of them since the mid- 1990s, and the list is growing.”* SHAFFER, Gregory e NESBITT, Nathaniel H. *Criminalizing Cartels: A global trend?* 2011. P. 1-37. SSRN 1865971

⁵¹ Especificamente sobre os EUA, a opção pelo encarceramento se mostra uma estratégia praticada pelas autoridades. Nesse sentido, vide: (i) <https://www.justice.gov/opa/pr/two-freight-forwarding-executives-arrested-miami>; (ii) <https://www.justice.gov/opa/pr/sixth-pharmaceutical-company-charged-ongoing-criminal-antitrust-investigation> (iii) <https://www.justice.gov/opa/pr/senior-executives-major-chicken-producers-indicted-antitrust-charges>

Eslováquia (1993), Zâmbia (1994), Eslovênia (1995), Irlanda (1996), Romênia (1996), Rússia (1996), Dinamarca (1997), Alemanha (1997), Indonésia (1999), Tailândia (1999), Áustria (2002), Barbados (2002), Estônia (2002), Reino Unido (2002), Japão (2005), Hungria (2005), Austrália (2009), República Tcheca (2009), África do Sul (2009) e México (2011) possuem normas criminais para práticas de cartel⁵².

Consoante se extrai das datas de promulgação das normas, verificou-se um recrudescimento global da criminalização do cartel a partir da década de 90. Esse endurecimento está intimamente relacionado com o desenvolvimento, e detecção, de carteis internacionais⁵³, que possuem tendem a gerar maiores prejuízos à sociedade⁵⁴, o que gera a necessidade de criar mecanismos de punição mais efetivos para a diussasão deste ilícito.

É importante ressaltar, contudo, que, por se tratar da *ultima ratio*, o Direito Penal só deve sancionar aquelas condutas que violem um bem jurídico significativamente considerável para a sociedade⁵⁵. No que diz respeito ao bem jurídico afetado, aponta MARTINEZ (2013, 61 e 62),

No contexto do tratamento penal das infrações contra ordem econômica, o bem jurídico tutelado é o mercado, a ordem econômica,

⁵² Apesar de inúmeros países europeus possuírem legislação que criminalizam a conduta de cartel, a Comissão Europeia pode impor multas por cartel, mas não pode impor pena de prisão, como salientado por WHELAN (2016): “*While the Commission can impose fines on undertakings for violating the cartel prohibition, it cannot impose criminal sanctions. This is in line with the general legal European culture concerning the enforcement of cartel law. Indeed, within Europe there is a tradition of avoiding the use of personal criminal punishment (which in this article is defined restrictively as the imposition of a custodial sentence) to enforce cartel law. Over the last decade or so, however, things have started to change. In particular, considerable debate has been fostered concerning the employment of criminal cartel sanctions and the subjecting of convicted cartelists to time in prison as punishment for their actions.*”

⁵³ Como exposto em (OCDE, EUA, 2020, P. 2) o estabelecimento de sanções penais para o crime de cartel serviu para impedir a ocorrência de carteis internacionais nos EUA : *In addition to well-publicized corporate fines and deterrent terms of imprisonment for individuals, other, less visible factors reinforce the criminalization of hardcore cartel activity as an effective deterrent of this conduct. **Due to the Division’s prosecutorial efforts, the Division has learned through its investigations that, in certain cases, members of cartels that operated internationally purposefully chose to compete in the United States due to fear of criminal prosecution.***

⁵⁴ Para maiores informações, vide MARTINEZ (2013).

⁵⁵ Como exposto por RIPOLLEZ (2017, P.2) “*Esto implica que las conductas amenazadas con pena sean las imprescindibles para proteger los intereses relevantes de la sociedad, y que quienes por su conducta sospechosa o delictiva entren en contacto con los órganos de prevención y persecución de delitos o de ejecución de penas padezcan molestias y aflicciones moderadas como consecuencia de su comportamiento*”

erigida pelo princípio da livre concorrência (art. 170, IV, da Constituição Federal) (...) Tradicionalmente afirma-se que o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Econômico ao reprimir cartéis é a livre concorrência. Em verdade a livre concorrência é princípio que informa a ordem econômica e conforma o sistema de proteção do mercado, ente abstrato e coletivo, este sim caracterizado como bem jurídico constitucionalmente tutelado.

Para muitos doutrinadores⁵⁶, a prática de cartel traduz o resultado da ganância e da improbidade por parte de executivos que até pouco tempo se imaginavam acima das leis⁵⁷. A Suprema Corte Americana já chegou a denominar essa prática como sendo o “*mal supremo do antitruste*”, tendo em vista o seu elevado potencial lesivo⁵⁸. Dessa forma, do ponto de vista utilitarista e pragmático, a criminalização do cartel busca e proteger o livre mercado⁵⁹, de modo que a manutenção da concorrência passa a ser elemento basilar da cultura econômica do país⁶⁰.

⁵⁶ Como bem sumariza WHELAN (2020, P. 6) diversos autores entendem que a prática do cartel deveria ser punida, também, sob o viés penal, vejamos: *The well-known example is Klein's comment that collusion is the equivalent of 'theft by well-dressed thieves'. Likewise, Whish believes that there 'is not a great deal of difference between price-fixing and theft'. For Werden, cartel activity is 'properly viewed as a property crime, like burglary or larceny, although cartel activity inflicts far greater economic harm'. Others are far less condemnatory and highlight the (relatively) neutral moral character of cartel activity.*

⁵⁷ For many criminologists, cartel conduct is the result of business greed and malfeasance. Clandestine arrangements between competitors designed to subvert competition and extract excessive profits are a classic example of crimes of the powerful (Freidrichs, 1996; Pearce & Tombs, 1990; Rostoff, Pontell and Tillman, 2004), perpetrated by senior executives and their corporations to benefit at public expense. BEATON-WELL, Caron e HAINES, Fiona. Making Cartel Conduct Criminal: A Case-Study of Ambiguity in Controlling Business Behaviour. Australian and New Zealand Journal of Criminology, Volume 42, Issue 2, 2009, P.1

⁵⁸ US Supreme Cort. Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, 124 S. Ct. (2004) at 879

⁵⁹ In our view, criminalization is a policy that reflects pragmatic governmental intervention in economic systems characterized by heavy reliance on free markets. This policy is based on experience and reason and is supported by moral considerations. CONNOR, John M., FOER, Albert A. e UDWIN, Simchua. *Criminalizing Cartels: An American Perspective*. New Journal of European Criminal Law. Vol 1. Issue 2, 2010. P. 199 - 217

⁶⁰ De acordo com a OCDE (2020), a justificação da imposição de sanções criminais está associada (i) aos prejuízos econômicos e alocativos do cartel; e (ii) necessidade de criar mecanismos dissuasórios para esse ilícito: “*The justification of criminal sanctions against individuals engaging in cartels follows a two-step argument. Firstly, the damage from cartels is not limited to the overcharge, which could be arguably remedied through private enforcement and follow-on damages actions (Wils, 2005, p. 39), but it also extends to a deadweight loss/allocative inefficiency, as volumes decrease compared to the situation without a cartel (Whelan, 2017, p. 13). Secondly, to ensure sufficient deterrence, the size of fines to be imposed on companies would be “too large”. However, there are legal constraints, where laws set a cap to the fines, and practical constraints resulting, for instance, in companies' inability to pay the fines imposed and, consequently, the risk of eliminating competitors from the market (Werden, 2009, p. 15)*”.

Na busca por uma sanção ideal às empresas, alguns autores defendem, inclusive, como ocorre nos EUA para crimes de cartéis⁶¹, que empresas deveriam ser penalmente responsabilizadas pelos atos praticados por seus executivos em benefício da companhia, como expõe SÁNCHEZ⁶² (2013, P.63), quando as sanções individuais sejam insuficientes para resolver adequadamente o conflito⁶³. Existiria, assim uma tendência global das legislações preverem sanções para pessoas jurídicas que não impedirem, de forma adequada, a prática de atos criminosos que estariam ligados à atividade comercial da empresa.

É inegável que a criminalização da conduta para as pessoas jurídicas poderia, de fato, ser um elemento dissuasório relevante para a prática destes ilícitos, mas essa possibilidade, no direito brasileiro, careceria de uma significativa mudança legislativa que não se imagina ver em um futuro próximo.

Independentemente disso, e considerando a dificuldade de se discutir no ambiente brasileiro a aplicação de direito penal para pessoas jurídicas no Brasil, a criminalização do cartel cria mecanismos para evitar para a prática deste ilícito, pois seu praticante sentirá na pele a sanção a ser aplicada pelo Estado, pois mera aplicação de sanção

⁶¹ Nesse sentido expõe OCDE (EUA, 2020, P.6,7): “Corporations can be held criminally liable for the conduct of individuals acting on behalf of the corporation in furtherance of cartel activity under the legal principle of respondent superior, a doctrine that makes the employer responsible for the acts of its employees. Additionally, corporations face a range of other civil and administrative consequences as collateral results of their criminal conduct. These consequences are in addition to, and do not preclude, criminal penalties. Once a corporate defendant is found guilty, it will be sanctioned in nearly all cases with a fine. The criminal fine amount is determined by applicable federal sentencing guidelines. For cartel offenses, the maximum fine is the greater of \$100 million (USD) or an amount calculated as twice the pecuniary gain or loss resulting from the offense.”

⁶² Segundo SÁNCHEZ (2013,P.64) : “La falta de control de un delito cometido en el ámbito de la actividad de la persona jurídica en su beneficio tiene que obedecer al defectuoso desarrollo e implantación de una política o cultura de cumplimiento de la legalidad penal y tal defecto es el que tiene que haber jugado un papel en la comisión de ese delito. Eso es a lo que deberíamos referirnos como **el defecto organizativo-estructural que fundamenta la responsabilidad penal de la persona jurídicas**. Fuera de estos casos no tiene sentido una intervención orientada a la prevención general.”

⁶³ De acordo com SÁNCHEZ (2013,P.63): *Por lo tanto, no existe responsabilidad penal cuando la organización se comporta de acuerdo a las expectativas en función de lo que exige cada situación: prevenir ex ante o detectar y reaccionar adecuadamente con posterioridad a la infracción individual. Se debería imponer exclusivamente una pena a la persona jurídica cuando la responsabilidad individual es insuficiente como explicación jurídica del hecho delictivo y, por ello, hace falta una pena adicional para resolver adecuadamente el conflicto.*

pecuniária é insuficiente para desincentivar a ocorrência desses ilícitos⁶⁴. A criminalização, portanto, é, para as pessoas físicas, o principal mecanismo para desincentivar a conduta, como expõem CONNOR, FOER e UDWIN (2010, 16)

Bringing criminal charges against the individual within the corporation creates a new level of deterrence by pinpointing the source of the illegality. Most price fixing schemes are approved at the highest levels of management; without individual penalties cartelists could continue to blame violations on low level “rogue managers.” Criminal sanctions can be individual, imprisonment, or both. A potential drawback to individual fines is that loyal employees could be reimbursed by the benefited employer. The loss of freedom, time and community standing entailed by incarceration, on the other hand, is generally understood to be a powerful deterrent, as discussed below.

A criminalização da conduta é ainda mais relevante quando se percebe que se tratam de ilícitos que se prolongam no tempo. Tal fato faz com que o estabelecimento de uma multa correspondente aos prejuízos causados seja, praticamente, inviável e inexecutável. Dessa forma, para que se demonstre que a prática ilícita não compensa, a criminalização se mostra como essencial, como exposto por GINSBURG e WRIGHT (2010 P. 6 e 9):

While in principle there is certainly some fine or a combination of fine and jail time sufficiently high to deter individuals from price-fixing, the available anecdotal and quantitative data suggest further increasing the fines imposed upon corporations is not likely to solve the problem. (...) As we shall argue below, imposing ever-higher corporate fines is misguided; criminally sanctioning the persons directly engaged in or complicit with price-fixing and debarring negligent directors and officers whose conduct do not warrant a greater sanction would deter more price-fixing than would increasing the fines levied upon the corporation that employed them. (...) There are a number of reasons, however, to believe fines alone will not provide sufficient deterrence and alternative sanctions such

⁶⁴ Segundo CALKINS (1997), analisando o cenário da criminalização de cartel nos EUA, pode-se concluir que a opção legislativa pelo aprisionamento se dava pelo fato de as multas não se mostrarem suficientes para desestimular a ocorrência destes ilícitos: “*The Division’s preference for incarceration, as opposed to individual fines, also seems sensible. It seems highly unlikely that individual fines alone would rise to the level needed to deter price-fixing without additional deterrence, such as incarceration. This assumption stems from two reasons. Fines are unlikely to rise, and high fines would not work anyway. (...) Accordingly, individual criminal liability for hard-core price fixing seems warranted.*”⁶⁴ Indeed, it would seem desirable to make greater use of it by increasing the number of individual compared with corporate indictments.”

as imprisonment, which is costly, and debarment, which is not costly, should also be used in antitrust enforcement

No âmbito do direito comparado – apesar de existirem legislações mais longevas – os EUA foram pioneiros na efetiva criminalização de carteis e são, dentre os países, o que mais aplica sanções penais aos praticantes deste ilícito. Em 1977, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos, ao verificar que a utilização de sanções pecuniárias não era suficiente, emitiu um memorando indicando que o encarceramento daqueles que praticavam crimes de cartel seria a melhor forma de evitar a ocorrência da prática ilícita⁶⁵. Entretanto, a definição da sanção ideal para estes ilícitos é, ainda, de difícil mensuração⁶⁶.

A evolução legislativa dos EUA foi, justamente, nesse sentido. Em um primeiro momento, buscou-se a aplicação de sanções pecuniárias aos indivíduos, mas após inúmeras majorações das multas, percebeu-se que carteis continuavam a operar de modo que se passou a criminalizar essa conduta, como apresenta STUCKE (2006)⁶⁷.

O Brasil também experimentou, recentemente, o endurecimento da legislação antitruste e, também, a consolidação das penas restritivas de liberdade para apenamento de indivíduos que praticaram condutas colusivas. Anteriormente, se a legislação definia que o cartel seria punível com pena "ou" multa, o que acarretava em inúmeras penas alternativas ao invés do aprisionamento, atualmente a legislação prevê pena e multa, de modo que não somente a aplicação da multa seria suficiente para sancionar o indivíduo, devendo este, também, sofrer, necessariamente, a restrição de sua liberdade⁶⁸.

⁶⁵ “Fines are usually poor alternatives to prison sentences and should be used and viewed only as a second choice. Accordingly, we would prefer to recommend a fine only in those circumstances where we conclude that a prison sentence is not appropriate.” Memorandum from U.S. Dep’t of Justice Guidelines for Sentencing Recommendations in Felony Cases Under the Sherman Act (Feb. 24, 1977)

⁶⁶ Para maiores informações sobre a mensuração da sanção efetiva estes ilícitos, vide: WERDEN, Gregory J., HAMMOND, Scott D., BARNETT, Belinda A. Deterrence and Detection of Cartels: Using all the tools and Sanctions. 2012. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/518936/download> e Connor, John M., Optimal Deterrence and Private International Cartels (April 9, 2006). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1103598> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1103598>

⁶⁷ STUCKE, Maurice E. *Morality and Antitrust*, P. 444 a 544 (2006), P. 460 a 468.

⁶⁸ A Lei 8137, alterada pela Lei 8884/94, previa que a o crime de cartel seria sancionado da seguinte forma: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa. Identificou-se, entretanto, que indivíduos condenados por cartel acabavam não eram encarcerados. Assim, a Legislação vindoura (Lei 12.529/2011), passou a prever a seguinte: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

A expansão do direito penal, mormente para crimes de difícil detecção, como bem aponta SUXBERGER e FILHO (2016), traz *pari passu* consigo novos mecanismos para resolução destes conflitos, especialmente a solução negociada⁶⁹.

b) Como a Criminalização Abre Espaço Para os Acordos de Leniência

O objetivo que se almejava com a criminalização dos carteis, era, de acordo com MASOUD (2006, P. 4)⁷⁰, membro do Departamento de Justiça dos EUA, criar incentivos para os praticantes do ilícito traírem seus comparsas e reportar a conduta ilícita para o Estado. Segundo a OCDE⁷¹ (2020, P. 30), após a criminalização do cartel, verificou-se, tanto nos EUA, quanto no Brasil, um aumento de Leniências perante as respectivas autoridades de controle.

Tendo em vista que a opção por trair os agentes praticantes do ilícito é baseada na racionalidade e leva em consideração o tripé (i) probabilidade de o ilícito vir a ser detectado pelos órgãos de controle; (ii) a probabilidade de o ilícito vir a ser condenado pelos órgãos de controle; e (iii) as sanções que são aplicadas em caso de condenações, é indiscutível que o recrudescimento das sanções previstas em lei e a aplicação de sanções penais tende a criar desconfiança entre os praticantes da conduta ilícita, enfraquecendo a relação de confiança existente e criando incentivos para que o agente passe a colaborar com o estado. Conforme aponta ATHAYDE (2019, P. 60, 61):

Ainda outra justificativa para instituição de um Programa de Leniência é a capacidade desse instrumento de dissuadir práticas ilícitas futuras. O programa de Leniência insere um elemento de

⁶⁹ *Sob o ângulo instrumental, a expansão do Direito Penal fez surgir o desafio de gerenciar os conflitos, com o foco nas soluções mais eficientes e pragmáticas, como a delação e a barganha, sem implicar, necessariamente, o abandono da pena.. SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano e GOMES FILHO, Dermeval Farias. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal Negocial, v. 13, n. 1, 2016. P.2.*

⁷⁰ “[w]e expect these changes to induce more cartel participants to break the code of silence and come forward, and ultimately to make more potential violators think twice before forming cartels Gerald F. Masoud. International Antitrust Issues: Hearing Before the Antitrust Modernization Commission, 3 (Feb. 15, 2006) (statement of Gerald F. Masoudi), disponível em http://www.amc.gov/commission_hearings/pdf/Statement_Masoudi.pdf.

⁷¹ Segundo a OCDE (2020): “(...) criminalisation resulted in an increase in the number of corporate immunity applications in the United States. Similarly, Brazil seems to have experienced an increased number of leniency applications, following criminalisation of its regime”.

incerteza entre os participantes da prática ilegal. (...) O Dilema do Prisioneiro, antes desconhecido por muitos, adquire destaque, pois a leniência, ao enfraquecer os laços de confiança entre os participantes em uma conduta ilícita e, conseqüentemente, dificultar a coordenação entre eles, faz com que a delação se torne uma escolha justificável do ponto de vista racional, ainda que não seja, de fato, a estratégia com melhores resultados.⁷²

O objetivo do Programa de Leniência, portanto, é gerar desconfiança entre os membros do conluio, especialmente pelo fato de o cartel ser instável⁷³. Desta feita, a criminalização da prática, aliada ao desenvolvimento de um robusto Programa de Leniência com benefícios claros e efetivos ao colaborador, passou a ser elemento central para a detecção destes ilícitos, permitindo que indivíduos reportem as práticas anticompetitivas em troca de benefícios penais e administrativos⁷⁴. Aliar a sanção penal e um Programa de Leniência efetivo, como já demonstrou a prática estadunidense, é extremamente benéfico para a detecção e dissuasão desses ilícitos, como salientado por HAMMOND (2005):

Think most people would agree that the threat of criminal sanctions and individual jail sentences passes the test and provides the foundation for an effective leniency program. (...) *a jurisdiction without individual liability and criminal sanctions will never be as*

⁷² ATHAYDE, Amanda. Manual dos Acordos de Leniência no Brasil. Teoria e Prática. Editora Forum. 2019. P. 60,61.

⁷³ Cartéis são, paradoxalmente, estáveis e instáveis ao mesmo tempo. Sua estabilidade deriva, principalmente, dos significativos ganhos decorrentes da prática. No recente caso do cartel do cimento, julgado pelo CADE em 2014 (CADE, 2014b), há evidências de existência da colusão já nos anos 90. Nos EUA, há cartel identificado no setor de alcalinos que se estendeu por quase cinco décadas (LESLIE, 2006, p. 478). Sua instabilidade, por outro lado, é consequência das dificuldades inerentes à manutenção prolongada de esquemas ilícitos com participação coletiva e, sobretudo, dos ganhos inerentes às quebras pontuais e traições secretas: se existente o acordo ilícito e, por exemplo, um dos participantes oferece o bem a eventuais consumidores por valor inferior ao acertado pelo cartel, este pode aumentar seus ganhos substancialmente, acima mesmo daqueles obtidos no âmbito do acordo (GABAN e DOMINGUES, 2012, p. 166). Estes dois fatores, em conjunto, representam a grande dificuldade e as possibilidades que se abrem ao acordo de leniência. Para se obter confissões, é necessário então que se crie um complexo de incentivos que torne mais atraente ao infrator optar por confessar e deixar de auferir os ganhos que vinha obtendo através da prática da infração. RUFINO, Victor Santos. Análise da conformação normativa do Programa de Leniência Brasileiro à luz da Teoria dos Jogos. Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 1, n. 1, p. 47-64, maio 2015

⁷⁴ Conforme aponta STEPHAN (2016): “*Criminalisation and leniency provide a key incentive for individuals to report collusive practices and desist from indulging in such behaviour in the future. The threat of imprisonment and the availability of immunity to the first individual only (or the employees of the first firm to come forward) ensures that cartellists bear the risk of their illegal practices and sparks a race to the competition authority (usually through their employer) between individual employees keen to avoid incarceration.*” STEPHAN, Andreas. *Hear no Evil, See no Evil: Why Antitrust Compliance Programmes may be Ineffective at Preventing Cartels*. CCP Working Paper 09-09, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1432341>

effective at inducing amnesty applications as a program that does. (...) Criminal Sanctions Provide The Greatest Inducement To Cooperation. A few moments ago, I said that, all else being equal, a jurisdiction without individual liability and criminal sanctions will never be as effective at inducing amnesty applications as a program that does. Individuals stand the most to lose and so avoiding jail sentences is the greatest incentive for seeking amnesty. (...) We are observing firsthand in some of our investigations how the threat of criminal prosecution in the United States has deterred a significant number of global cartels from extending their conspiracy into the United States. We have uncovered cartels that operated profitably and illegally in Europe, Asia, and elsewhere around the world, but did not expand their cartel activity to the United States solely because it was not worth the risk of U.S. sanctions. I am referring to cartels that had every opportunity to target U.S. consumers, because they sold in the U.S. market. Indeed, in some cases, the U.S. market was the largest and potentially most profitable but the collusive conduct still ceased at the border. Why? The answer, from the mouths of the cartel members and verified by our investigators, is that the executives did not want to risk getting caught and going to jail in the United States.

A possibilidade de ser sancionado criminalmente é, em grande medida, um catalizador de novos acordos, servindo como impeditivo futuro do ilícito como indica o supra referido autor⁷⁵. A responsabilização criminal serve elemento indutor para que eventuais participantes do conluio optem por colaborar com a autoridade pública, como salienta ROSENBERG e EXPOSTO (2020)⁷⁶.

O receio de ser preso, nesse contexto, é extremamente relevante para criação de um ambiente de incerteza para o indivíduo, especialmente quando, para esse, ir ao cárcere faz com que a prática ilícita deixe de ser a Escolha Dominante. Assim, a criminalização do crime de cartel é, sem sombra de dúvidas, um elemento importante para o desenvolvimento do Programas de Leniência do CADE, sendo consideradas as

⁷⁵ “[...] individual accountability through the imposition of jail sentences is the single greatest deterrent [to cartel activity]”.

⁷⁶ “Another important takeaway is that the experience as an attorney allows us to conclude that the perspective or the possibility of imprisonment is a major element in the decision to apply for immunity in the context of a leniency agreement.” Página 2.

sanções mais severas a serem impostas a executivos⁷⁷. Assim se posiciona MACEDO e SANT'ANA (2019, P.10)

O temor de ter contra si um processo criminal, com certeza, é um dos grandes incentivos a fazer acordo de leniência, embora nem todos os programas ofereçam esse benefício. A responsabilização, inclusive criminal, dos indivíduos que infringiram a lei desencoraja prática de futuros crimes, promove mudanças de consciência e comportamento dentro da empresa e dá credibilidade ao sistema de justiça.

O endurecimento da legislação brasileira em relação a este ilícito, estabelecendo sanção penal, bem como o desenvolvimento de um robusto Programa de Leniência possibilitou, não à toa, que o CADE detectasse, sancionasse e desmantelasse, inúmeros carteis, tanto em âmbito nacional, quanto internacional⁷⁸.

OS PROGRAMAS DE LENIÊNCIA – HISTÓRICO E CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS PARA O SEU DESENVOLVIMENTO

a) Um breve Histórico dos Programas de Leniência e da sua importância para o Estado

Os institutos de negociação colaborada estão presentes no ordenamento jurídico pátrio desde as Ordenações Filipinas. Contudo, o primeiro Programa de Leniência instituído em nosso ordenamento jurídico de maneira mais estruturada, foi o Programa de Leniência Antitruste, introduzido pela Lei nº 10.149/2000 e reestruturado pela Lei nº 12.529/2011.

Somente em um momento posterior, em 2013, que emergiram no ordenamento jurídico outros tipos de Programas de Leniência ao longo do Governo da Presidenta

⁷⁷ Como exposto por POWERS (2020) “[The antitrust division has] *long held the view that individual liability and criminal sanctions, including prison sentences for culpable executives and employees, are the most severe and significant sanctions available for cartel activity*”

⁷⁸ Entre 2015 e 2020, foram homologados 189 Termos de Compromissos de Cessação relativos a práticas de carteis. Destes 53 foram homologados em 2016, 62 em 2017, 49 em 2018, 16 em 2019 e 9 em 2020. Fonte: CADE em Números. Disponível em: <http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opensdoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true> Acesso em 12.09.2020.

Dilma Rousseff, onde foram instituídos dois novos Programas de Leniência: o primeiro, com Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), e o segundo, com a Lei de Organização Criminosa (Lei 12.850/2013). Posteriormente, em 2017, foi promulgada a Lei sobre Crimes no Sistema Financeiro (Lei 13.506/2017), que instituiu o Programa de Leniência no Âmbito do Banco Central e da CVM. Esse arcabouço jurídico possibilitou a existência de, ao menos, 7 (sete) tipos de Acordos de Leniência, os quais podem ser celebrados com as seguintes autoridades: CADE, BCB, CVM, CGU, AGU, TCU e MP.

Do ponto de vista estatal, os incentivos para instituição de Programas de Leniência são diversos, mas envolvem desde a detecção de práticas ilícitas, a obtenção de provas, dada a sua natureza de serem estes acordos meios de obtenção de prova⁷⁹. Além disso, os Programas de Leniência possibilitam uma maior eficiência e efetividade investigativa, a cessação da infração que está sendo praticada, a possibilidade de sanção dos demais infratores, a reparação e o ressarcimento dos danos causados e a dissuasão de práticas ilícitas futuras⁸⁰.

A importância desses programas, do ponto de vista Estatal é, portanto, notória, sendo um exemplo empírico desta conclusão a própria Operação Lava Jato, a qual se desenvolveu, em grande medida, em virtude da eficiência destas soluções negociadas⁸¹.

Os ilícitos que a serem investigados por intermédio de Programas de Leniência são, exclusivamente, aqueles que sejam de difícil detecção ou investigação, dado o seu caráter sigiloso e fraudulento. Os participantes destes ilícitos impõem, entre eles, a lei

⁷⁹ O Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que os Acordos de Leniência são meios de obtenção de prova e possuem natureza jurídica de um contrato celebrado entre o particular e o Estado. HC 127483, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, Processo Eletrônico DJe-021 DIVULG 03-02-2016 PUBLIC 04-02-2016.

⁸⁰ Nesse sentido se posiciona ATHAYDE, Amanda. Manual dos Acordos de Leniência no Brasil. Teoria e Prática. Editora Fórum. 2019, P. 30.

⁸¹ Esse é, inclusive, o posicionamento do Ministério Público Federal (2019): *“A introdução do acordo de leniência no microsistema anticorrupção nacional cuida, portanto, de otimizar a eficiência e a efetividade da atividade estatal de repressão a ilícitos e condutas lesivas ao erário, especialmente nos casos de corrupção. Assim, troca-se ganho informacional relevante sobre as infrações que dificilmente seriam detectadas ou comprovadas adequadamente sem a participação do “insider”, por benefícios legais exculpantes, concedidos pelo Estado ao Agente Colaborador.”* BRASIL. Ministério Público Federal. Estudo Técnico nº 01/2017 - 5ª CCR. Brasília: set. 2017. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/grupos-de-trabalho/comissao-leniencia-colaboracao-premiada/docs/Estudo%20Tecnico%202001-2017.pdf>. Acesso 10 de setembro de 2019.

do silêncio (*Ommerta*) e buscam suprimir e destruir as provas existentes consigo e com os comparsas, haja vista que têm pleno conhecimento do caráter ilícito da prática⁸². Em virtude desse conhecimento, os agentes buscam apagar os rastros da conduta, como salienta RUFINO (2016, P.30)

Difícilmente pode haver tarefa de investigação mais árdua que tentar descobrir e punir ilícitos que quase não deixam traços materiais e, não obstante, são de elevada nocividade, praticados por infratores com grande nível de sofisticação e consciência das suas atividades, mas esta é, precisamente, a posição em que se encontram aqueles que são responsáveis pela persecução penal (a palavra penal aqui entendida em seu sentido mais amplo, incluindo a persecução penal e administrativa) de ilícitos de colarinho branco. (...) O praticante, por definição, é pessoa, física ou jurídica, dotada de condições materiais e intelectuais de compreender plenamente o caráter ilícito dos seus atos e, portanto, se prepara para agir de forma a esconder, camuflar ou apagar os elementos que podem permitir a identificação de sua conduta. Mais importante, em geral não o faz sozinho, mas sim com o apoio dos seus comparsas e de um aparato técnico e jurídico hábil a implementar a estratégia delituosa com sucesso, muitas vezes através do uso de ferramentas extremamente sofisticadas (BRAITHWAITE, 1985, p. 7-9).

Os participantes do conluio criminoso (a palavra crime aqui utilizada, de igual modo, em sua acepção mais ampla, envolvendo crimes propriamente ditos e infrações administrativas), por sua vez, possuem diversos incentivos a perpetuarem a prática. Os ganhos econômicos (ou mesmo políticos) tendem a ser substanciais e a passagem do tempo sem detecção do ilícito fortalece os laços de confiança que são essenciais ao sucesso dessas organizações (LESLIE, 2004, p. 549).

Não fosse isso suficiente, para além da dificuldade de se conseguir investigar tais ilícitos, percebe-se que a sua investigação, sem a participação de um Signatário de Acordo de Leniência é extremamente custosa e, em muitos casos, pouco efetiva⁸³. Tal

⁸² Nesse sentido, em relação ao crime de cartel, assim se manifestou a OCDE: "*Modern cartels, aware of their illegality, operate in secrecy and oftentimes engage in elaborate efforts to conceal their existence from the authorities. They employ encoded language, encrypted teleco.,unicataion means, anonymous email accounts and other ways of maintaining secrecy*". OCDE. *Recent challeges for cartel combat: Chile's new leniency programme*. In Latin American Competition Forum. 2009

⁸³ Segundo a ICN (2014, P.3) "*In addition, information or evidence can be obtained faster by competition agencies, and at a lower direct cost, compared to other methods of investigation, leading to more efficient resolution of cases, even if additional investigative measures are carried out. To get this information or evidence, the parties who provide it to competition agencies may be promised lower fines, shorter prison sentences, less restrictive orders, or even complete immunity.*".

fato ganha ainda mais relevância quando se verifica que, ao longo dos anos, os orçamentos destinados para realização de investigações estatais têm diminuído⁸⁴, de modo que a utilização de Leniências têm se mostrado ainda mais atrativa do ponto de vista estatal, pois, inexistente esse instituto, seria ainda mais difícil a detecção destas práticas ilícitas que causam tanto mal à sociedade.

Como já salientado pela OCDE (2002)⁸⁵, MILLER (2009)⁸⁶ e ATHAYDE (2019)⁸⁷, os programas de Leniência permitem que se aumente a eficiência da autoridade investigadora, possibilitando assim uma maior efetividade na repressão a ilícitos que, de outra maneira, tenderiam a permanecer sem detecção por parte do Estado. Tais investigações, segundo LORENZ (2013)⁸⁸, poderiam ser feitas de três formas: (i) diretamente por meio do monitoramento do mercado; (ii) a partir de informações fornecidas por um terceiro prejudicado; e (iii) diretamente com os envolvidos pela prática ilícita⁸⁹.

A primeira é, sem dúvidas, a mais custosa, mais trabalhosa e, potencialmente, que terá a menor chance de êxito. A segunda, por sua vez, salvo em raras exceções, apesar de indicar um potencial ilícito, obrigará que a autoridade proceda à investigação direta, sendo, também, custoso. Em ambos os casos, a sua vantagem é que, sendo bem-sucedida, será possível punir todos os agentes que realizaram o ilícito. A terceira forma

⁸⁴ Nesse sentido, a Lei de Previsão Orçamentária de 2020 previu uma redução do orçamento da polícia federal, o que poderia impedir a realização de operações. Vide: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2019/09/10/cortes-atingem-pf-e-novas-moradias.htm>

⁸⁵ OCDE. Fighting hard core cartels, harm, effective sanctions and leniency programmes. Paris: OCDE, 2002. p. 7

⁸⁶ MILLER, Nathan H. Strategic leniency and cartel enforcement. American Economic Review, v. 99, nº 3, P. 750 e ss, 2009).

⁸⁷ ATHAYDE, Amanda. Manual dos Acordos de Leniência no Brasil. Teoria e Prática. Editora Forum. 2019. P. 43 a 46)

⁸⁸ An introduction to EU Competition Law. Cambridge University Press. 2013. P. 352 a 353

⁸⁹ Segundo Wills (2007, P. 219) “*Competition authorities can try to obtain the necessary intelligence and evidence from three possible sources. First they could themselves monitor markets, observing publicly available information and data and possible use economic analysis of these data to try to detect and prove violations. Secondly the authorities could obtain information from third parties. Customers or competitors harmed by antitrust violation may bring complaints to the authorities, and third parties may otherwise volunteer to provide information (...) the third, and usually best source of information are the companies and individuals that have committed the antitrust violations themselves. For certain types of violations in particular secret price cartels the undertaking that have committed the violation and their staff may be the only ones holding the information which the competition authorities need to detect and punish the violations.*”

seria aquela em que se obtém informações diretamente com o indivíduo praticante do ilícito, ou seja, por meio de um Acordo de Leniência.

Esses acordos possibilitam que a autoridade obtenha informações do ilícito por meio de um agente diretamente envolvido na prática e, em retorno, premia-lhe com a redução ou extinção da sanção que lhe seria aplicada. Nessa linha, apesar de ser menos custosa - pois não será necessária uma investigação estatal - essa opção permite que um agente criminoso tenha a sua sanção reduzida, ou extinta, mas possibilita a punição dos demais agentes integrantes do conluio.

Ocorre que o Estado não pode depender, única e exclusivamente, do Programa de Leniência para detectar e punir cartéis. Isso porque, por estarmos diante de agentes racionais, caso os praticantes do ilícito tenham conhecimento que a autoridade só inicia suas investigações a partir de Acordos de Leniência, estes deixarão de temer a autoridade e, conseqüentemente, não a buscarão para propor acordos, haja vista que, de forma independente essa não teria mecanismos efetivos para a persecução deste ilícito. Nesse sentido apontam DIXON, KATE e MCDAVID (2014, P. 3),

Cartels may be among the least obvious examples of conduct likely to be deterred solely by relying on someone coming clean in the hope of leniency, which is why enforcers also need to be out there actively employing other tools to look for violations at the same time. Therefore, the Division should be mindful that relying too heavily on leniency may be detrimental to its overall goal of decreasing harmful cartel activity in the United States and across the globe.

Nesse mesmo sentido expõe MARTINEZ (2013, P. 262) que para um Programa de Leniência se mostrar efetivo não deve apenas existir a mera ameaça de sanção severa para aqueles que não forem os Signatários de Acordo de Leniência, mas, também, *“receio de a conduta ser detectada pelas autoridades por meio de investigações independentes”*.

Ou seja, os praticantes da conduta ilícita precisam ter um fundado e iminente receio de que a autoridade de defesa da concorrência irá, de alguma outra forma descobrir o ilícito, seja por um eventual acordo de terceiros, seja por investigações

próprias. Somente se existirem outros instrumentos de investigação – ainda que mais custosos e menos efetivos para o Estado – que os praticantes do ilícito buscarão a autoridade para realizar colaborações, pois caso a autoridade dependa única e exclusivamente de Acordos de Leniência, estes deixarão de ser atrativos para os praticantes do ilícito.

Como aponta WILS (2007, P. 222) a Leniência não pode ser vista como um mero substituto das outras modalidades de investigação, mas um complemento a estes outros métodos de coleta de inteligência de evidências de violações contra ordem econômica:

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. (...) Such a race to cooperate may amplify the positive effects of leniency, but again such a race can only start if there is a risk that the competition authorities will detect and establish the antitrust violation without the recourse to leniency, or at least a belief by at least one of the conspirators that at least one of the other co-conspirators may believe that there is such risk.

Significa dizer, portanto, que a Leniência não deve ser utilizado como único meio de detecção de ilícitos. Nos EUA, por sua vez, conforme aponta DIXON, KATE e MCDAVID (2014), até 1990, 90% (noventa por cento) dos casos investigados - e punidos - por cartel originavam-se de investigações internas conduzidas pelos órgãos. Após a recalibração do Programa de Leniência norte americano, na década de 90, esse panorama foi alterado de maneira significativa. Atualmente, cerca de 90% (noventa por cento) dos casos investigados pela autoridade são oriundos de Programas de Leniência.

Assim, como exposto acima, se de um lado isso demonstra um amadurecimento do Programa de Leniência e - de certo modo - o seu sucesso, isso também pode ser o seu fracasso. A partir do momento que a autoridade abre mão de outras formas de investigação, os agentes privados podem perceber que a capacidade de detecção, pela autoridade, diminuiu e, de forma racional, adotarem uma estratégia de não fazer mais acordos. Se de um lado o desenvolvimento do Programa de Leniência é salutar para a

detecção desses ilícitos, ele não pode, sob pena de se tornar inócuo, representar a única forma de investigação estatal.

Significa dizer que os agentes privados precisam temer a atuação da autoridade de defesa da concorrência, seja por intermédio de investigações próprias, seja por intermédio de acordos feitos com aqueles que praticaram o ilícito. O medo da detecção e sanção é o principal instrumento fomentador dos Programas de Leniência.

A Leniência, independentemente disto, é extremamente benéfica ao Estado. Segundo a ICN (2014, P.5), além de permitir a detecção de casos de cartel, a instituição de um efetivo Programa de Leniência (i) cria mecanismos de dissuasão da prática de cartel; (ii) aumenta a capacidade de detecção; (iii) aumenta a possibilidade de sanção dos demais envolvidos; (iv) acarreta no cessação da prática anticompetitiva; e (v) gera mecanismos de cooperação.

No Direito Antitruste inúmeros cartéis foram detectados por meio destes. Cartéis são acordos entre agentes que, ausente a coordenação de alguma condição comercial, deveriam atuar de forma competitiva e independente no mercado⁹⁰⁻⁹¹. Nesse contexto, os cartéis podem servir para combinação de preços de bens, serviços, restrição de oferta, divisão de clientes, fornecedores, dentre outros acordos comerciais, como expõe o art. 36, §3º, I, “a” a “d” da Lei nº 12.529/2011⁹².

⁹⁰ “A cartel is an agreement among otherwise competing firms to reduce their output to agreed upon levels, or sell at an agreed upon price”. HOVENKAMP, Herbert. Federal antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice. Fourth Edition. Editora West. (2011), P. 158

⁹¹ (ICN. Building blocks for effective anti-cartel regimes. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2005, vol. 1, p. 10)

⁹² Art. 36. *Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar **com concorrente**, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;*

b) Estruturando um Programa de Leniência

Para que um Programa de Leniência seja realmente efetivo e desincentive a formação de novos cartéis, ele precisa carecer de alguns pilares, os quais, segundo RUFINO (2016, P.49), abrangeria: (a) previsibilidade quanto aos requisitos, procedimentos e benefícios esperados; (b) existência de determinados graus de sigilo das negociações e das informações trocadas; (c) estabelecimento de incentivos para uma corrida para a confissão; (d) técnicas de comprovação documental da narrativa do delator.

A ICN (2014 e 2019⁹³), por sua vez, indica que (i) o alto grau de detecção da prática após ter sido delatada por um agente privado⁹⁴; (ii) severas punições para os que não delataram⁹⁵; (iii) transparência, previsibilidade e segurança jurídica em torno das negociações e assinatura do acordo⁹⁶. Nesse sentido também se posiciona HAMMOND (2009)⁹⁷ ao indicar que os três princípios basilares de um Programa de Leniência

⁹³ Segundo a ICN (2019, P. 16): *Although the various systems described reflect the different policies and legislative choices of each jurisdiction and therefore vary when it comes to details, they all aim to achieve cartel deterrence and making leniency programmes more effective. In this context, many respondents of the 2017-2018 survey **have underlined that reliability, predictability and legal certainty are necessary general features of any leniency programme.***

⁹⁴ *Competition agencies have to demonstrate a commitment to vigorous investigation of cartels using robust investigatory powers. Those participating in cartels must perceive that, first, there is a real risk of detection and that, second, in the absence of a leniency application, enforcement action and the imposition of sanctions is certain to follow.* (ICN, Anti-Cartel Enforcement Manual. Drafting and implementing an effective leniency policy. 2014 P.5)

⁹⁵ *The sanctions imposed on cartel participants who are not part of the leniency program, including both companies and individuals, must be significant. If sanctions are inadequate, cartel participants will not come forward as the benefits from leniency are reduced or non-existent. Essentially, the value of the cartel for cartel participants must be less than the cost of getting caught.* (ICN, Anti-Cartel Enforcement Manual. Drafting and implementing an effective leniency policy. 2014. P.5)

⁹⁶ There must be transparency and certainty in the operation of a leniency policy. Competition agencies need to build the trust of leniency applicants and their attorneys by consistently applying the leniency policy. A leniency applicant needs to be able to predict with a high degree of certainty how it will be treated if it reports anticompetitive conduct and what the consequences will be if it does not come forward. Therefore, competition agencies should ensure that their leniency policies are clear, comprehensive, regularly updated, well publicised, coherently applied, and sufficiently attractive for the applicants in terms of the rewards that may be granted. (ICN, Anti-Cartel Enforcement Manual. Drafting and implementing an effective leniency policy. 2014, P.5)

⁹⁷ “There are three prerequisites for adopting and implementing an effective leniency program. These prerequisites are essential cornerstones that must be in place before a jurisdiction can successfully implement a leniency program. First, the jurisdiction’s antitrust laws must provide the threat of severe sanctions for those who participate in hardcore cartel activity and fail to self-report. Second, organizations must perceive a high risk of detection by antitrust authorities if they do not self-report. Third, there must be transparency and predictability to the greatest extent possible throughout a

efetivo seria: (i) uma estrutura normativa severa para os que optarem por não delatar; (ii) elevada probabilidade de detecção; e (iii) previsibilidade, segurança jurídica e transparência para os colaboradores.

Nota-se, portanto, que dentre todas as características acima mencionadas para se assegurar um Programa de Leniência efetivo, tem-se, como ponto comum entre todos os autores e autoridades internacionais, a necessidade de se garantir segurança jurídica, transparência e previsibilidade para aqueles que optarem por colaborar com a respectiva autoridade.

Para além disso, entendo que o estabelecimento de sanções efetivas é um dos mecanismos criados para gerar uma corrida para a delação. Assim, ambos os requisitos serão considerados conjuntamente para fins da presente análise. Além destes, a necessidade de se preservar o sigilo da negociação, bem como de eventual colaborador, a meu ver, é, também, elemento essencial para o estabelecimento de um Programa de Leniência efetivo.

Por fim, que o estabelecimento de um Programa de Leniência precisa levar em consideração os aspectos morais do agente ao engajar em uma delação e, conseqüentemente, uma premissa, qual seja: que o indivíduo que vier a cooperar com o Estado, precisa, após a celebração da Leniência, estar em uma posição melhor do que quando começou a investigação, diminuindo, ou extinguindo a sanção que seria esperada.

Nesse contexto, quatro são os aspectos centrais para se instituir um Programa de Leniência Efetivo, quais sejam: (i) garantir previsibilidade e segurança jurídica para o Leniente; (ii) garantir o sigilo das negociações; (iii) criar uma corrida para delação; e, por fim, (iv) devem ser levados em consideração os aspectos morais da delação.

jurisdiction's cartel enforcement program, so that companies can predict with a high degree of certainty how they will be treated if they seek leniency and what the consequences will be if they do not. These three major cornerstones – severe sanctions, heightened fear of detection, and transparency in enforcement policies – are the indispensable components of every effective leniency program". ICN. Chapter 2 - Drafting and implementing an effective leniency policy. In: *Anti-cartel enforcement manual*. ICN CWG Subgroup 2: Enforcement Techniques. April 2014.

c) *Previsibilidade e Segurança Jurídica*

Em relação ao primeiro aspecto, é importante ressaltar que a Escolha Dominante dos praticantes do ilícito é a manutenção da conduta, haja vista os benefícios econômicos auferidos e a grande dificuldade de detecção pelo Estado. Assim sendo, para fazer com que o praticante opte por deixar a prática, traindo seus comparsas e passe a colaborar com o Estado, os benefícios para o primeiro colaborador precisam ser enormemente significativos.

Não fosse isso suficiente, os agentes que optarem por colaborar com o Estado, precisam ter segurança jurídica e certeza quanto ao gozo das vantagens previstas na legislação⁹⁸, especialmente aquelas relacionadas a não condenação pelos ilícitos reportados. Programas de Leniência que não conferem segurança jurídica aos agentes que delatarem tendem a ser ineficientes e não combater essa modalidade de crime organizado. A segurança jurídica, por exemplo, foi ponto fulcral para o desenvolvimento do Programa de Leniência Estadunidense, conforme apontado por RUFINO (2016, P. 51):

A incerteza quanto ao efetivo desfrute das vantagens oferecidas é apontada como um fator determinante para o passo lento que o Programa de Leniência norte-americano seguiu entre o ano de sua criação, 1978, e sua reformulação em 1993 (KOBAYASHI, 2001, p. 2-3). Nesse primeiro período, as autoridades do DoJ, recebiam, em média, uma aplicação para leniência por ano. Após a reformulação, tais números passaram a ser de uma por mês (MOTCHENKOVA, 2004, p. 2). Uma das reformulações mais significativas operadas em 1993 – considerada causa essencial do sucesso dos anos posteriores – foi a mudança de paradigma sobre a expectativa de gozo dos benefícios da delação. Até então, o grau de imunidade oferecido variava de acordo com a discricção do procurador responsável pelo caso e somente era conhecido após um balanço feito ao fim da colaboração (HAMMOND, 2000). O potencial delator, desta forma, embora conhecesse as regras do programa e a existência de vantagens na adesão, não sabia com exatidão quais os seus termos finais.(...) O ponto essencial aqui – tal qual em relação aos benefícios esperados e à certeza do seu gozo – é ampliar a compreensão sob a

⁹⁸ Como expõe a OCDE (2020, P. 31): *Other key characteristics of a well-functioning leniency programme are transparency and predictability. In a criminalisation context, this translates into the certainty of criminal immunity for reporting individuals.*

opção cooperar em um cenário em que o silêncio é atrativo em si. (...) Há de se ter em mente que a decisão de procurar uma autoridade para confessar crimes, apontar seus companheiros de jornada delitativa e rejeitar o proveito econômico derivado da conduta reconhecida é, fundamentalmente, com rompimento severo com o status quo vivenciado pelo delator.

Segundo WILS (2007 p.214) as três principais mudanças⁹⁹ com a reestruturação do Programa de Leniência em 1993 foi (i) a garantia automática de imunidade total, deixando de ser uma análise discricionária feita pelo investigador; (ii) que essa imunidade se estenderia a todos os diretores e funcionários que colaborassem com a investigação e (iii) o benefício de, em ações de reparação de danos, o leniente somente ter de pagar o dano causado e não três vezes o dano causado, o que se chama de *treble damages*¹⁰⁰.

Também corroborando a importância de se ter um Programa de Leniência estruturado na segurança jurídica, expõe a ICN (2014, P.6) que as principais características necessárias aos Programas de Leniência seriam a transparência,

⁹⁹ Nessa mesma linha aponta (LESLIE, 2006, P. 466 e 467): *In 1993, the Antitrust Division announced its revised Corporate Leniency Policy. The new policy differed from its predecessor in many important ways. First, while amnesty was previously discretionary, amnesty was now considered "automatic" in the absence of a pre-existing government investigation into price-fixing. Second, amnesty could be available under some circumstance even if the government had initiated an investigation into possible price-fixing before the price-fixer confessed. Third, although, only the first confessor receives so-called automatic amnesty, subsequent confessor within a cartel would receive discounts on their criminal fines based on their order of confession. The only way for a qualifying firm to insure no criminal fines or imprisonment would be to confess first and provide evidence against one's cartel partner, but among subsequent confessors, early confessors would receive better deals than later ones. The first two changes makes policy more effective by increasing certainty of amnesty. A firm is much less likely to confess to price-fixing if it is unsure whether or not will actually receive amnesty.*

¹⁰⁰ Sobre este último ponto, é evidente que o Brasil ainda é incipiente, comparativamente com os EUA, por exemplo, na criação de um sistema que permita a reparação cíveis dos danos decorrentes desta prática. Na tentativa de superar esse "atraso" e criar um ambiente mais efetivo na reparação cível destes ilícitos o PL 11.275/18, atualmente tramitando perante à Câmara dos Deputados, prevê a inclusão §1º, 2º e 3º ao art. 47 da Lei de Defesa da Concorrência.

§ 1º Os prejudicados terão direito a ressarcimento em dobro pelos prejuízos sofridos em razão de infrações à ordem econômica previstas no art. 36, § 3º, incisos I e II, sem prejuízo das sanções aplicadas nas esferas administrativa e penal. § 2º Não se aplica o disposto no § 1º aos coautores de infração à ordem econômica que tenham celebrado acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática cujo cumprimento tenha sido declarado pelo Cade, os quais responderão somente pelos prejuízos causados aos prejudicados. § 3º Os signatários do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação de prática são responsáveis apenas pelo dano que causaram aos prejudicados, não incidindo sobre eles responsabilidade solidária pelos danos causados pelos demais autores da infração à ordem econômica.

Sobre essa possível legislação, é importante verificar que essa busca manter um ambiente que estimula a celebração de Termos de Compromissos de Cessação e Acordos de Leniência.

previsibilidade e segurança jurídica em torno das negociações e assinatura do acordo. Sobre este último ponto, expõe a ICN (2014, P.3) e a OCDE (2001. P.8)¹⁰¹, respectivamente:

"Transparency and certainty – there must be transparency and certainty in the operation of a leniency program. Agencies need to build up the trust of applicants and their legal representatives by applying a consistent application of the program. An applicant needs to be able to predict with a high degree of certainty how it will be treated if it reports the conduct and what the consequences will be if it does not come forward. This is why agencies ensure that their leniency policies are clear, comprehensive, regularly updated and well publicized"

Clarity, certainty, and priority are critical, as firms may be more likely to come forward if the conditions and the likely benefits of doing so are clear. To maximize the incentive for detection and encourage cartels to break down more quickly, it is important not only that the first one to confess receive the "best deal", but also that the terms of the deal be as clear as possible at the outset.

Assim, consoante os melhores entendimentos é evidente a necessidade de se garantir um elevado grau de segurança jurídica ao colaborador. Não deve haver, portanto, surpresas no curso da investigação, ou, posteriormente, eventual da redução de pena garantida¹⁰². A segurança jurídica e a transparência são elementos fulcrais destes acordos, conforme aponta ATHAYDE (2019, P. 72):

É que as autoridades investigadoras tenham programas transparentes, previsíveis e que deem segurança jurídica aos possíveis colaboradores. É imprescindível que os infratores saibam o que se espera, ou seja, que tenham uma ideia geral acerca do caminho que vão percorrer ao longo da negociação. Veja que, ainda que o possível candidato a um Programa de Leniência não saiba exatamente qual o resultado final da negociação, o colaborador

¹⁰¹ OECD. *Using Leniency to Fight Hard Core Cartels*. 2001. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/21554908.pdf>

¹⁰² *Poucos eventos podem ser mais perniciosos à credibilidade de um Programa de Leniência do que o descumprimento, pela autoridade, das imunidades conferidas pela colaboração efetiva do beneficiário. A instabilidade daí derivada quase certamente faria pender a balança decisivamente pelo silêncio e tornaria o jogo elaborado pelo formulador do programa um exercício de futilidade, se considerada a premissa de que se deseja obter mais confissões.* RUFINO, Victor Santos. *Os fundamentos da delação: análise do Programa de Leniência do CADE à luz da Teoria dos Jogos*. 2016. Universidade de Brasília. P.57.

tenderá a não procurar a autoridade investigadora para cooperar caso imagine que ao final da negociação estará em situação pior do que no início da negociação.

O agente, portanto, ao iniciar uma negociação com o CADE, ou qualquer outra autoridade que tenha um Programa de Leniência, precisará ter ciência, ao menos, dos potenciais benefícios que obterá com a celebração do acordo e a garantia, por parte da autoridade, que o contrato celebrado entre as partes será cumprido, não tendo surpresas ao longo da negociação ou após a sua celebração. Nesse mesmo sentido, a ICN (2014, 7,8)¹⁰³ o aplicante à leniência precisará antever, com um certo grau de certeza e previsibilidade, como ele virá a ser tratado pela autoridade e quais as consequências de celebrar – e não celebrar – um Acordo. As políticas formuladas pelas autoridades precisam ser claras, compreensivas, atualizadas e expostas de forma pública de modo a garantir que o proponente possa analisa-la.

Nesse cenário, e consoante apontam MARTINEZ e CORDOVIL (2015, P.310, 311 e 314)¹⁰⁴, um aspecto que contribuiu para o aperfeiçoamento e desenvolvimento do Programa de Leniência do CADE foi o esforço realizado pela autoridade de defesa da concorrência para garantir segurança jurídica aos Signatários, por meio da edição de regulamento infralegal, com especial atenção à preservação da identidade do beneficiário e dos documentos por ele apresentados. Esse sigilo é, aliada a segurança jurídica, outro elemento que deve ser observado na estruturação destes programas.

¹⁰³ ICN (2014, 7,8) *A leniency applicant needs to be able to foresee with a high degree of certainty how it will be treated if it reports anticompetitive conduct and what the consequences will be if it does not come forward. Therefore, competition agencies should ensure that their leniency policies and the application of such policies are clear, comprehensive, up-to-date and well publicised. In jurisdictions where a settlement procedure exists, the procedural and substantive interplay between leniency and settlement should also be considered.*

¹⁰⁴ *Outro aspecto que contribuiu para o avanço do Programa de Leniência brasileiro foi o esforço das autoridades para garantir segurança jurídica por meio da edição de regulamento infralegal do instituto, com atenção para a preservação da identidade do beneficiário da leniência e dos documentos apresentados por ele (transparência). É intuitiva a noção de que deve haver mecanismos de proteção das informações prestadas pré-assinatura do acordo e que o potencial delator não pode estar em posição pior do que a que já se encontrava na ausência de assinatura de acordo, sob pena de não haver indícios para a delação.(...) O signatário da leniência tem a obrigação de cooperar e tradicionalmente apresenta inúmeros documentos à autoridade que, por definição, contém mais dados sobre si mesmo que sobre os demais membros. Assim, para preservar os incentivos para a leniência, a autoridade não deveria divulgar a terceiros, nem mesmo sob forma de trechos de documentos na versão pública de suas decisões, documentos apresentados pelo signatário do acordo de leniência de modo a evitar colocá-lo em posição desfavorável diante de terceiros quando comparado com os demais.*

d) Sigilo nas Negociações

Um segundo aspecto deveras importante para o desenvolvimento de Programas de Leniência diz respeito ao sigilo das informações fornecidas pelo postulante ao acordo, como expõe a ICN (2014, P.15)

A confidentiality policy setting out how a competition agency will deal with information or evidence that it receives from a leniency applicant, including on what terms the competition agency will cooperate with its international counterparts, needs to be considered when drafting an effective leniency policy. The protection of leniency information or evidence is necessary to allay fears that such information or evidence may be used against the leniency applicant in private civil actions or shared with another government agency, foreign or domestic, which may use that information or evidence against the applicant without providing leniency.

Em relação ao Programa de Leniência antitruste, a legislação em vigor prevê que as propostas de Acordos de Leniência, bem como a sua negociação, serão sigilosas, nos termos do art. 86, §9¹⁰⁵. Não fosse isso suficiente, o RICADE também dispõe sobre o sigilo destas negociações, consoante art. 200 §2º e art. 201¹⁰⁶.

A importância do sigilo foi salientada por MOTTA (2016, P. 227). Segundo o autor, a garantia do sigilo das comunicações entre o Signatário e a autoridade, bem como dos documentos trocados deve ser limitada a essas duas partes, pois o sigilo é o que torna o instituto da leniência atrativo:

Para tal, deve o Poder Público passar confiança aos infratores no sentido de que a troca de informação entre o beneficiário da leniência e a autoridade será limitada a essas duas entidades – de um lado, uma coopera dando informações e delatando os antigos

¹⁰⁵ Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: (...) § 9º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

¹⁰⁶ Art. 200. A proposta de celebração de acordo de leniência pode ser feita oralmente ou por escrito: (...) §2º Nos casos de proposta escrita, esta será autuada como sigilosa e nenhum de seus dados constará do sistema de gerenciamento de documentos do Cade. (...) Art. 201. A proposta oral dar-se-á em reunião sigilosa e observará o seguinte procedimento:

comparsas, de outro lado, a outra investiga os fatos noticiados –, eis que é justamente o sigilo que torna o instituto da leniência atrativo aos agentes envolvidos no conluio.

Segundo BAILEY e WHISH (2011, P.282) a Comissão Europeia para garantir a proteção deste instituto, bem como garantir maior proteção ao indivíduo, expõe que existe uma previsão para que o acordo firmado entre o Signatário e o ente público será oral e reduzido a termo pela autoridade para dificultar a sua obtenção por terceiros. A proteção à informação é tão relevante, nesse sentido, que em regra, mesmo se requisitada em juízo, tais informações e documentos tendem a não ser disponibilizado¹⁰⁷.

A garantia do sigilo das informações documentos e, principalmente, o nome de quem delatou a prática é crucial para o desenvolvimento do Programa de Leniência, especialmente em um país em que existe uma cultura de aversão ao delator, pois aquele que reporta a autoridade ao Estado é visto com desconfiança pelos seus pares.

Existe, nesse contexto, uma resistência cultura à delação, de modo que o Estado deve criar um ambiente propício para estimular aquele que desejar colaborar com a autoridade, o que se dá, em grande medida, pela garantia do sigilo à identidade e informações fornecidas. A publicização dos documentos fornecidos pelo Signatário pode servir como elemento inibidor da celebração de acordos, de modo que o sigilo das informações é um pilar básico e crucial destes programas.

Ademais, é importante pontuar que o proponente do Acordo de Leniência poderá desistir do acordo, não podendo o CADE utilizar-se de qualquer informação fornecida pelo proponente, ou qualquer documento que lhe tenha sido disponibilizado. Ademais, mesmo após a celebração do Acordo de Leniência, a identidade do Signatário do Acordo de Leniência será mantida como de acesso restrito até o julgamento do processo pelo Tribunal do CADE.

¹⁰⁷ “A claimant in a damages action in the US might also seek discovery of documents in the European Commission’s possession, including leniency applications; such claims will be denied where the Court considers that it is appropriate in order to maintain the confidentiality of the materials sought”. BAILEY, David; WHISH, Richard. Competition law, 7th edition. London: Oxford University Press, 2011, p. 306

Entendo, nesse aspecto, que o CADE se mostrou exitoso na criação de mecanismos que garantam o sigilo das informações disponibilizadas pelos Signatários do Acordos de Leniência¹⁰⁸, não sendo por outra razão que o CADE se mostra como uma das principais instituições mundiais no combate a cartéis.

e) Punições para os demais infratores

Como expõe ALAN¹⁰⁹ (2017, P. 198 e 199) os acordos realizados entre Estado e o colaborador devem ser vistos como instrumentos necessários para que a autoridade possa identificar outros agentes, bem como recuperar o produto do crime.

Dessa forma, um outro aspecto extremamente relevante para o bom desenvolvimento dos Programas de Leniência é que os demais membros, quando optarem por não negociar com a autoridade, sejam punidos de forma exemplar pela autoridade de defesa da concorrência, tanto para servir de exemplo que a prática não compensa, tanto quanto para recuperar o produto do crime. Caso contrário, não “valerá a pena” para o indivíduo, ou a empresa, deixar a prática delitativa – que está lhe rendendo enormes lucros – para delatá-la ao Estado.

A sociedade, nesse contexto, não deve enxergar a concessão de um benefício para um determinado agente que optou por colaborar com a autoridade como uma mera benesse (ainda que lhe seja benéfico). A concessão desse benefício deve ser enxergada como uma contrapartida para o Estado dismantelar a organização criminosa existente, que traz enormes prejuízos a sociedades e punir aqueles que mantiveram a prática

¹⁰⁸ O Superintendente Geral do CADE, inclusive, sugeriu a necessidade de ainda mais sigilo nos acordos de leniência, haja vista a importância desse instituto para manutenção de efetivos Programas de Leniência. Nesse sentido, vide: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2017/10/24/cade-defende-mais-sigilo-em-acordos-de-leniencia.ghtml> Último acesso em: 24.10.2020

¹⁰⁹ *Num segundo giro, há de se compreender nas colaborações processuais a construção de mecanismo de mitigação vazado na lógica de negócio, em vez de prêmio. Fala-se, a bem da verdade, na troca de benefício oferecido ao réu por contraprestação oferecida ao Estado e que se verte na otimização do resultado que persegue, qual seja, identificação de outros agentes ativos dos delitos investigados, recuperação do produto do crime ou outros proveitos que a lei determine por resultados úteis para os processos.* ALAN, José Alexandre da Silva Zachia. *Novos aspectos relacionados com a leniência e a corrupção. Uma abordagem na perspectiva da Teoria dos Jogos.* RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 275, p. 189-222, maio/ago. 2017

ilícita, os quais devem servir de exemplo para que outros agentes não cometam o mesmo crime.

Significa dizer, em outras palavras, que é melhor sancionar uma parcela dos integrantes do cartel, a partir de uma confissão, do que buscar sancionar a todos por meio de uma investigação independente que, na maior parte das vezes se traduz em não sancionar ninguém. Nesse sentido expõe JENNY (2015, P.9) que

It is a priceless contribution for those who would like leniency policies to be more than a wonderfully clever gadget simplifying the lives of competition authorities by allowing them to sanction aging cartels without having to face the legal risks or the resource costs of extensive investigations.

SPAGNOLO (2008, P. 328) nessa mesma linha¹¹⁰ expõe que se as empresas optam por atuar de forma cartelizada elas assumem o risco de serem condenadas pela autoridade. Por sua vez, a partir do momento que o Estado lança mão de uma Política de Leniência, a probabilidade de ele vir a condenar outras empresas aumenta exponencialmente, visto que a autoridade terá o interior da prática ilícita delatada, com a apresentação de provas e documentos que corroboram a investigação. Tal fato possibilita que o Estado angarie diversas evidências contra os demais comparsas e, conseqüentemente, possa – e deva – puni-los de forma exemplar.

Nesse contexto, HAMMOND (2009, P. 5 e 6) ao abordar quais seriam os pré requisitos para se adotar uma Política de Leniência, aponta, em primeiro lugar, a necessidade de a autoridade impor um receio de sanções severas àqueles que falharem em reportar a prática ilícita ao Estado:

My presentation this morning will focus on three prerequisites for adopting and implementing an effective leniency program. These prerequisites are essential cornerstones that must be in place before

¹¹⁰ *The first, seminal paper explicitly dedicated to addressing the effects of leniency policies on cartels in an appropriately dynamic analytical framework is Motta and Polo (2003).²⁴ In this rich model, firms interact repeatedly in an oligopoly and choose whether or not to collude given the risk of being detected and prosecuted by an Antitrust Authority. If firms collude, they are subject to the risk of conviction; if they either do not collude or unilaterally defect from a collusive agreement, they are not. (...) Detection of a cartel by the Antitrust Authority leads to conviction only with some probability, and this probability is increased by leniency*

*a jurisdiction can successfully implement a leniency program. **First, the jurisdiction's antitrust laws must provide the threat of severe sanctions for those who participate in hardcore cartel activity and fail to self-report.** Second, organizations must perceive a high risk of detection by antitrust authorities if they do not self-report. Third, there must be transparency and predictability to the greatest extent possible throughout a jurisdiction's cartel enforcement program, so that companies can predict with a high degree of certainty how they will be treated if they seek leniency and what the consequences will be if they do not. These three major cornerstones – severe sanctions, heightened fear of detection, and transparency in enforcement policies – are the indispensable components of every effective leniency program*

Assim, aqueles que optaram por não colaborar com a autoridade devem ser severamente sancionados, com toda a força que a legislação antitruste permite, inclusive mediante a penas acessórias, como proibição de licitar e – caso necessário – a imposição de remédios estruturais às empresas integrantes do conluio. Nesse contexto, inclusive, seria importante que o CADE começasse a expandir a aplicação de sanções para além da meramente pecuniária, impondo outras sanções, previstas na legislação antitruste, especificamente em seu art. 38¹¹¹, que não são rotineiramente aplicadas pela autoridade.

¹¹¹ Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;

III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;

V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;

VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e

VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

É inegável, entretanto, que o Programa de Leniência tem se desenvolvido no Brasil, em larga medida, pelo fato de o CADE ter, ao longo do tempo, incrementado as multas por cartel, estabelecendo rotineiramente “multas recordes” às empresas, bem como a atuação coordenada com autoridades penais para sancionar aqueles que não colaborarem com a autoridade, como salienta MARTINEZ (2013, P. 274):

Em matéria de atratividade o programa brasileiro, sem dúvida, avançou de forma relevante desde a sua criação: (i) o CADE passou a impor multas recordes para conduta de cartel, e a justiça criminal passou a condenar a conduta a penas que superam 5 (cinco) anos de reclusão (sanções severas); e (iii) as autoridades fizeram real esforço para garantir segurança jurídica por meio da edição de regulamento infralegal do instituto, com atenção especial para a preservação da identidade do beneficiário da leniência e dos documentos apresentados por ele.

O contínuo desenvolvimento do Programa de Leniência do CADE, nesse aspecto, deve se pautar por esse princípio basilar, qual seja, de sancionar de maneira efetiva e exemplar aqueles que falharem em reportar a conduta ao Estado, mas com a condição *sine qua non* de existir provas suficientes da participação na conduta. O estabelecimento de multas exemplares serve, em larga medida, para criar o que se denomina de “corrida para delação”, um outro pilar destes programas.

f) Corrida para Delação

Como já exposto em seção pretérita, os jogadores (no caso, empresários) são seres economicamente racionais, que pautam suas decisões a partir do que imaginam que os outros jogadores irão fazer. Ocorre que em virtude da assimetria de informação existente entre os membros do cartel, que não sabem quais serão as condutas praticadas pelos demais, é inegável que os participantes da conduta estão em uma situação de extrema exposição. Isso porque, a prática do cartel pressupõe uma conduta reiterada e constante entre agentes que, ao longo de toda a prática, coletam informações da conduta ilícita praticada por si e por terceiros. Tal fato faz com que qualquer um dos participantes do conluio tenha elementos de provas suficientes para incriminar todos os demais em caso de eventual colaboração com a autoridade pública.

Em um ambiente completamente racional, em que todos os agentes tivessem plena convicção de que nenhum deles reportaria a prática a uma autoridade a elaboração de um Programa de Leniência seria um fiasco, pois a Escolha Dominante do indivíduo seria a manutenção da prática ilícita, a qual é extremamente lucrativa e proveitosa aos praticantes. Ocorre que os carteis são extremamente instáveis, visto que cada membro pode (i) a qualquer tempo querer obter maiores lucros a partir de um “furo” com os demais membros; e (ii) qualquer um dos indivíduos poderá reportar a conduta ilícita ao Estado. Tal instabilidade, portanto, e como expõe RUFINO (2015, 52)¹¹² deriva da dificuldade de se manter, ao longo do tempo essas condutas ilícitas sem que haja traição dos coparticipes. Nesse contexto, MOTTA (2016, P. 224)¹¹³ indica a necessidade de a autoridade de defesa da concorrência estar aparelhada para o integrante do cartel sentir-se atraído para reportar a prática quando, por exemplo, vier a ser traído pelos outros participantes, ou quando houver um fundado receio de que outro participante possa delatar a prática ao Estado. De forma sucinta expõe BRAGA (2018, P. 79) que

Carteis podem ser vistos como rodadas de jogos coordenados em que há ajustes coletivos para desestimular a concorrência, com estabilidade garantida por mecanismos de monitoramento, fiscalização e, para quem descumpra o combinado, punição. Por meio de acordos explícitos ou implícitos, infratores desenham carteis na esperança de que não haja incentivos marginais a desvios, o que também inclui a persuasão como ferramenta utilizada em colusões. Tudo isso exige do Estado um relevante e constante esforço de pensar em elementos que desestabilizem esse acordo e gerem incentivos a eventuais traições de seus participantes.

Um desses incentivos é a imposição de sanções ótimas, verdadeiras regras de comportamento competitivo, nas quais os agentes sintam-

¹¹² Sua instabilidade, por outro lado, é consequência das dificuldades inerentes à manutenção prolongada de esquemas ilícitos com participação coletiva e, sobretudo, dos ganhos inerentes às quebras pontuais e traições secretas: se existente o acordo ilícito e, por exemplo, um dos participantes oferece o bem a eventuais consumidores por valor inferior ao acertado pelo cartel, este pode aumentar seus ganhos substancialmente, acima mesmo daqueles obtidos no âmbito do acordo (GABAN e DOMINGUES, 2012, p. 166). Estes dois fatores, em conjunto, representam a grande dificuldade e as possibilidades que se abrem ao acordo de leniência. Para se obter confissões, é necessário então que se crie um complexo de incentivos que torne mais atraente ao infrator optar por confessar e deixar de auferir os ganhos que vinha obtendo através da prática da infração.

¹¹³ Só que justamente por ser tão interessante para a empresa a venda de produtos cartelizados, o cartel, como arranjo que é, acaba sendo consideravelmente instável, pois a todo momento seus participantes possuem incentivos naturais para desvio do que foi acordado, roubando, assim, a fatia que cabia aos seus concorrentes e “sócios”. Em razão dessa instabilidade e das enormes dificuldades de coleta de provas suficientes para a condenação de pessoas e entidades envolvidas nas práticas de colúvios – cada vez mais complexos em seus modos de operação –, é quase que imprescindível que o Estado conte com mecanismos de delação premiada para persecução e punição desses agentes de forma eficiente e eficaz.

se impelidos a agir individualmente e sem a participação em carteis. Com isso, em uma situação em Teoria dos Jogos do tipo “Dilema do Prisioneiro”, o Estado cria esse incentivo marginal por meio de sanções institucionalmente pensadas a título de enforcement.

Essa capacidade de desestabilizar carteis é extremamente relevante para os Programas de Leniência, pois os integrantes da conduta ficarão, a todo tempo, imaginando que algum dos comparsas poderá delatá-la ao Estado, e o primeiro receberá total redução da penalidade, ao passo que os demais serão severamente punidos. Tal elemento desestabilizador, consistente na criação da corrida para delação é extremamente relevante para o desenvolvimento dos programas. Segundo SPAGNOLO (2005, P. 3,4¹¹⁴), o estabelecimento desta imunidade ao primeiro que reportar a conduta ilícita ao estado, atrelada à segurança jurídica de receber a total imunidade é o que propiciou o desenvolvimento do programa norte americano de leniência.

Surge, a partir daí, o que se convencionou chamar de “corrida para a delação”, como expõe RUFINO (2016, P. 70)¹¹⁵. O estabelecimento de recompensas significativas ao primeiro que delatar diminui o incentivo de permanecer na conduta ilícita, dificultando assim que os agentes “esperem para ver” a atuação do comparsa, pois essa espera poderá importar em uma eventual investigação na qual o retardatário será um dos investigados e pode vir a ser, inclusive, preso.

¹¹⁴ *The idea is of course undermining trust between wrongdoers with the increased risk that one of them unilaterally reports to enjoy the benefits of the leniency program (which are typically restricted to the first reporting party). Indeed, a crucial new feature of the Corporate Leniency Policy is its “Amnesty Program” — Section A — that “automatically” awards full immunity from sanctions to the first, and only the first cartel member that spontaneously reports information before an investigation is opened. According to DoJ officials, it is precisely this new feature that has led so many companies to come, and often rush forward with information on their cartel in the last years.*

¹¹⁵ Leslie (2006, p. 467-473) postula que, ao contrário de um Dilema do Prisioneiro teórico, a tomada de decisão pelos participantes do conluio dá-se em um ambiente dinâmico, onde as partes podem avaliar o comportamento das outras. Com o oferecimento de recompensas significativas apenas ao primeiro agente que confessar, a autoridade dificulta a abordagem de esperar para ver o comportamento do comparsa. Harrington (2005) e Spagnolo (2005a) também chegam a conclusões semelhantes. (...) A hipótese de vir a ser descoberto pelas autoridades investigadoras pode não ser suficiente para atrair um membro de um cartel para a opção pela confissão, mas o receio de ser denunciado por um de seus companheiros sim. Um detonador poderoso de uma corrida pela delação é a confissão que ocorre por motivos puramente preemptivos, ou seja, a opção pela colaboração apenas para evitar que outro o faça primeiro lugar e subtraia a alternativa do seu universo de possibilidades (GÄRTNER, 2014, p. 5).

Nesse contexto, se inexistente esses Programas de Leniência, valeria a pena – em todas as oportunidades – manter-se na prática ilícita, visto que a autoridade dificilmente tomaria conhecimento da conduta ilícita praticada. Por sua vez, o receio de ser traído por um outro participante do conluio retira esse incentivo, criando um mecanismo de desestabilização da prática. Tal incerteza propicia o desenvolvimento de acordos, de modo que o Programa de Leniência aumenta a probabilidade de detecção da conduta pelo Estado, como expõe SILVA (2016, P. 29)¹¹⁶, o que gera uma corrida para o praticante procurar a autoridade em eventual momento de desestabilização do conluio.

Atrelando-se esse elemento desestabilizador a sanções elevadas para aqueles que permanecerem na conduta, faz com que os agentes envolvidos na prática optem por aderir ao Programa de Leniência o quanto antes, criando assim a corrida para delação. A criação dessa assimetria de informação e receio de ser punido é extremamente relevante, pois retira os participantes da conduta da Escolha Dominante de permanecer na prática e permite que esses passem a colaborar com o Estado.

Ocorre que essa colaboração somente se fará presente se os indivíduos acreditarem que, ao final, estarão melhor do que os que permaneceram na conduta ilícita.

g) Necessidade de se levar em conta o Aspecto Moral e a regra do “sair em melhor estado que entrou”

A regra de ouro da Leniência é que o indivíduo, uma vez tendo colaborado com a autoridade, precisará estar em uma posição privilegiada em relação aos que não colaboraram e em relação ao que estaria caso não tivesse optado pelo acordo. Ocorre que no Brasil existe uma aversão cultural àqueles que optam por colaborar com as autoridades, como exposto por MARTINEZ (2013, P. 282 e 286):

¹¹⁶ Segundo (CHANG; HARRINGTON, 2009a, p. 17): *se, por um lado, a lógica de leniência traz um certo incentivo pernicioso ao reduzir a expectativa de multa do participante do cartel, seja por assinar acordo de leniência, que pode levar à isenção total da multa, ou seja por assinar acordos de colaboração com as autoridades, o que ao menos mitigará a punição pecuniária; por outro lado, o programa aumenta a probabilidade de punição, dado o eventual aumento da taxa de colapso do cartel por iniciativa dos demais cartelistas na perspectiva de uma firma tomada individualmente. O primeiro fenômeno, pró-cartelização, é chamado de efeito anistia, ao passo que o segundo efeito, desejado pela política de repressão, é chamado corrida para a confissão.*

Finalmente, desafio para o Programa de Leniência brasileiro é a resistência cultural à delação, pelo estigma do delator no Brasil. Além disso, o fato de o País ter tido sistema de controle de preços até o início da década de 1990 faz que haja resistência adicional à delação: aos executivos que ainda guardam na memória a época em que o governo promovia reuniões entre agentes econômicos concorrentes para estabelecer o preço de bens e serviços, é difícil se convencerem de que terão que se expor por algo que não enxergam nem como ilícito. (...) A figura do delator como indivíduo corajoso que enfrenta o desconforto da delação para dar fim à conduta e fazer o que é certo ainda não é disseminada no Brasil (...) Assim, deve o Programa de Leniência ser enxergado como um instituto que permite ao membro do cartel fazer o que é certo: cessar a conduta infrativa e colaborar com as investigações de modo a que se reestabeleça o imperativo constitucional da livre concorrência.

O indivíduo que desejar “mudar de lado” e colaborar com a autoridade precisará ter superado a antiga concepção de que o cartel se mostrava frutífero, entendendo que a sua prática é perniciosa e, sobretudo, um ilícito. Assim, o indivíduo deve entender o acordo como algo legítimo, superando a ideia de que negociar e reportar a conduta ao Estado é algo negativo, pela figura do delator. Nesse contexto, a moral surge como elemento relevante para dissuasão dessa prática.

De acordo com STUCKE (2006, P.489), a moralidade pode ser compreendida a partir das condutas sociais adotadas, bem como das características psicológicas e atributos sociais de uma pessoa, que fazem com que esta cumpra as regras de maneira a evitar vícios de qualquer natureza¹¹⁷. Assim, e como aponta HABERMAS (2011, P. 18), o direito não deve decorrer somente da força de normas cogentes, mas, também, pela legitimidade de seus pressupostos, sendo cumprido a partir de razões racionalmente aferíveis. Além do mais, ainda que orientada por juízos de natureza moral, é perfeitamente possível que as escolhas sejam feitas de maneira racional, incentivadas pela formação de bons hábitos. A mudança da visão do infrator – que se mostra como uma mudança de paradigma – se mostra como salutar para que esse opte por colaborar.

¹¹⁷ Tradução livre para: “morality refers to rules of conduct associated with certain distinctive psychological and social attributes, such that a person complies with the conduct to achieve virtue and avoid vices.”

Ao analisar historicamente o instituto da confissão - que em muito se assemelha ao instituto da delação - AMARAL e GLOCKNER (2018)¹¹⁸ indicam que a escolha por confessar um dado ilícito em muito estaria relacionada com a possibilidade de o infrator se ver *expurgado dos seus pecados anteriores*, aproximando essa revelação da verdade ao indivíduo pecador que confessa seus pecados para o seu Deus. O indivíduo satisfará uma vontade pessoal, de retirar o peso da alma pelos ilícitos praticados. Desse modo, e que para que seja possível superar os ilícitos praticados, o Estado deve permitir, por meio do acordo, que o colaborador "vire a página" e possa continuar a sua vida.

O indivíduo, portanto, precisará sair do acordo em uma situação melhor do que quando iniciou a negociação e melhor que os terceiros que não negociaram com o Estado ("Regra de Ouro"), garantindo-lhe segurança jurídica, benefícios expressivos e, também, a menor exposição jurídica possível em outras esferas do direito. A possibilidade de outras autoridades de controle sancionarem o indivíduo pelas práticas relatadas, em outras esferas, é extremamente pernicioso e desestimula a celebração dos Acordos de Leniência por retirar a previsibilidade e a segurança jurídica do acordo, princípio que lhe é basilar.

Significa dizer que, ao se permitir que o indivíduo opte que por delatar se veja livre do fardo dos crimes passados, o Estado deve criar um cenário no qual ele próprio também virará a página dos ilícitos cometidos por aquele que lhe possibilitou a investigação. Não se pode permitir que um indivíduo se torne colaborador perante uma dada autoridade, e, com base nos mesmos fatos que ele mesmo relatou, venha a ser investigado perante outras autoridades de controle. Deve-se criar um sistema de incentivos cruzados que permita que uma colaboração perene e constante dos indivíduos, criando incentivos para que haja a investigação estatal em todas as esferas.

O Estado, nesse contexto, deve repensar o modelo de atuação dos seus Programas de Leniência, criando um modelo que permita intercâmbio entre as autoridades, aumentando a previsibilidade e segurança jurídicos aos indivíduos. Agentes que vierem

¹¹⁸ AMARAL, Augusto Jobim. E GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Revista brasileira de ciências criminais, Nº. 128, 2018

a relatar uma dada conduta perante uma autoridade, não deverão ser investigados com base nos seus próprios relatos, sob o risco de não serem negociados acordos e, conseqüentemente, o Estado ver-se impedido de utilizar tais acordos para persecução destes crimes de difícil detecção. Não é por outra razão que o CADE e o Ministério Público do Estado de São Paulo criaram um Acordo de Cooperação¹¹⁹, que permite que em alguns Acordos de Leniência onde a pena não será extinta, o Ministério Público possa ser convidado para negociar essa extinção.

Por sua vez, a escolha por delatar também importa, ao indivíduo, em uma severa quebra de paradigma em relação às escolhas passadas. Na visão de GADAMER (2002), o ser compreende o mundo a partir de uma projeção do passado e presente. A historicidade, as experiências, o ambiente do ser é condição essencial para que haja a compreensão de que determinada conduta é ilícita. A compreensão do ser é, neste contexto uma autoconstrução a partir da experiência pretérita, que não depende apenas dele, mas sendo ela quem o domina e sujeita suas escolhas. O sujeito, nesse contexto, ao tomar suas escolhas, encontra-se preso às suas tradições, razões históricas e experiências vividas e são elas que vão balizar as suas escolhas sobre a sociedade. Nesse sentido, pontua o autor:

Não é a história que pertence a nós, mas nós é que a ela pertencemos. Muito antes de que nós compreendamos a nós mesmos na reflexão, já estamos nos compreendendo de uma maneira auto-evidente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos. [...] A auto-reflexão do indivíduo não é mais que uma centelha na corrente cerrada da vida histórica. Por isso os preconceitos de um indivíduo são, muito mais que seus juízos, a realidade histórica do ser. (GADAMER, 2002, p. 415-416)

Nesse contexto, segundo GADAMER (1985, P. 37 a 39), as escolhas que irão balizar um determinado agente são regidas por toda a sua historicidade. E também é assim durante um determinado processo e quando o agente está diante da possibilidade de celebrar algum tipo de acordo com autoridade pública. Seu "ser passado" será determinante para a tomada de decisão. Ocorre que o ser passado é pautado por uma

¹¹⁹ BRASIL. Acordo de Cooperação Técnica nº 1/2020 celebrado entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o Ministério Público Federal

cultura que tolerava condutas anticompetitivas, sendo necessário uma quebra de paradigma para possibilitar que o agente rompa com seu passado e inicie um "novo ser".

Ocorre que, o potencial colaborador, quando toma a decisão de negociar com uma determinada autoridade precisa acreditar que sairá da situação, após o acordo, melhor do que entrou. Caso contrário, tornar-se-á ainda mais difícil para este agente romper com seus paradigmas passados¹²⁰ - que moldam suas escolhas do presente - e passar a entender seu "ser presente" de forma distinta do que era aceitável no passado. Isto é, se no passado a "regra do jogo" era participar de carteis - como ficou evidenciado com o desenvolvimento da Operação Lava Jato - o presente deve se pautar por uma conduta proba, deixando para trás as condutas ilícitas praticadas, o que importa, nesse contexto de negociação, em delatar antigos amigos e colegas de profissão.

O rompimento com esse paradigma mostra-se extremamente difícil em casos de pessoas físicas, visto que sua antiga visão moral precisa ser superada por uma nova, a qual não foi escolhida pelo agente, mas imposta pelo novo cenário imposto pelas investigações. Nesse contexto, o agente que pretende delatar tem que sair do "jogo" melhor do que entrou, caso contrário, muito provavelmente, esse não irá colaborar com a autoridade, devendo ser observada a regra moral e entendido o aspecto moral do agente ao reportar a conduta ao Estado.

CRIANDO INCENTIVOS PARA CELEBRAÇÃO DE TERMOS DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO. UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DOS JOGOS.

a) Visão Histórica

Pode-se dizer que, sem sombras de dúvidas, que primeiro o Programa de Leniência com disposições devidamente adequadas, além de previsibilidade jurídica,

¹²⁰ Como expõe RUFINO (2016, 54) *Há de se ter em mente que a decisão de procurar uma autoridade para confessar crimes, apontar seus companheiros de jornada delitiva e rejeitar o proveito econômico derivado da conduta reconhecida é, fundamentalmente, com rompimento severo com o status quo vivenciado pelo delator.*

foi o previsto na legislação antitruste, por meio da Lei nº 10.149/2000. Quando da sua instituição, o legislador pátrio optou por excluir do ordenamento jurídico o TCC, o qual só veio a ser reinserido na legislação em 2007, como expõe MARTINEZ (2013, p. 315)

A possibilidade de suspender investigações sobre supostos carteis, originalmente incluída na redação da Lei 8.884/1994, foi excluída quando da introdução no ordenamento jurídico brasileiro do acordo de leniência em 2000. A lógica era justamente evitar que o TCC funcionasse como um desincentivo para o recém-criado instituto da leniência, uma vez que poderia oferecer vantagens sobre aquele. O TCC para carteis foi reintroduzido no sistema por meio de alteração legislativa em 2007 e preservado na Lei 12.529/2011, já tendo sido firmados TCCs em conexão com número relevante de investigações de supostos carteis, tanto com pessoas jurídicas, quanto com pessoas físicas.

Até 2007, portanto, o ordenamento jurídico brasileiro admitia, tão somente, a celebração de Acordos de Leniência. O receio, nesse contexto, é que o estabelecimento de duas políticas de acordos – Acordo de Leniência e Termo de Compromissos de Cessações – poderia retirar a atratividade do primeiro, importando em uma redução na “corrida para a delação”. Ou seja, aqueles que estivessem na prática ilícita adotariam a estratégia de “esperar para ver” se algum dos seus comparsas iria delatar para, somente aí, optar por colaborar com o Estado. Assim, se eventualmente os benefícios previstos nestes dois acordos estiverem descalibrados, poderá o participante da conduta, que é um agente economicamente racional, optar por esperar a detecção do ilícito pela autoridade de defesa da concorrência. Isso se torna ainda mais relevante quando se leva em consideração que apenas uma pequena parcela destes ilícitos é detectada pelo CADE. Desse modo, supunha-se que a Escolha Dominante do indivíduo seria a de manter-se na prática ilícita e aguardar a descoberta da conduta pelo Estado.

O que se percebeu, em 2007, contudo, é que seria possível o estabelecimento de ambos os programas no ordenamento jurídico, sem retirar a atratividade dos Acordos de Leniência. Essa mesma convivência harmônica de acordos – TCC e Acordo de Leniência – encontra-se presente na nova legislação antitruste. Ademais, para além de manter ambos os acordos em nosso ordenamento jurídico, a nova Legislação proporcionou um desenvolvimento significativo destes acordos a partir da reestruturação organizacional do CADE.

Como aponta ANDRADE (2015, P. 272)¹²¹, após a instituição da Nova Lei de Defesa da Concorrência, foi criada a SG, que passou a ser responsável por analisar, em um primeiro momento, os Atos de Concentração e aprova-los, ou sugerir a sua impugnação ao Tribunal do CADE. Para além de realizar o controle de estruturas, o a SG também é a responsável pela investigação, instrução de Processos Administrativos, negociação de Acordos de Leniência, realização de busca e apreensões, dentre outras atividades.

Essa nova estrutura administrativa, que inicialmente ficou conhecida como Super-CADE, foi extremamente relevante, do ponto de vista interno para o desenvolvimento das políticas de acordos, bem como possibilitou que a autoridade imprimisse maior celeridade na análise dos Processos Administrativos. Atualmente a Superintendência Geral conta com 8 (oito) coordenações, das quais 5 (cinco) são responsáveis pela análise de Atos de Concentração e Condutas Unilaterais, quais sejam: Coordenação Geral de Análise Antitruste (“CGAA”) 1, CGAA 2, CGAA 3, CGAA 4 e CGAA 5.

Por sua vez, outras três unidades passaram a se dedicar, em regime de exclusividade, a análise de processos de condutas colusivas, seja carteis em licitações, carteis internacionais ou carteis no mercado privado. Essas coordenações são a CGAA6, CGAA7 e CGAA8. Para além dessas, há também a chefia de gabinete, responsável por negociar os Acordos de Leniência, sendo uma coordenação completamente segregada, seja em termos de estrutura, seja em termos de pessoal, para negociar esses acordos, haja vista a necessidade de preservar o total sigilo das

¹²¹ *No âmbito do combate a carteis o reflexo imediato da Lei 12.529/2011 decorre da própria nova estrutura do Cade, que além de manter sua função de órgão julgador, com o Tribunal, absorveu, com a criação da Superintendência Geral (SG), as funções de instrução e processamento de infrações à ordem econômica, antes exercidas, particularmente no que se refere a carteis, com uma já desenvolvida política de disseminação e interação dessa atividade com outros órgãos de investigação, bem como o desenvolvimento de um Programa de Leniência forte, os casos de cartel dividiam espaço na estrutura organizacional com outras infrações à ordem econômica. Ou seja, uma mesma equipe, sob uma mesma coordenação tratava de condutas completamente diferentes, em diferentes estágios processuais, com diferentes níveis de evidência e graus de complexidade. Esta organização dificultava o estabelecimento de prioridades entre os casos e também uma maior especialização técnico-funcional.*

negociações, que como se viu é um dos pilares para a estruturação de um Programa de Leniência efetivo.

Essa segregação interna de competências permitiu que equipes especializadas na análise de carteis pudessem dedicar toda a sua *expertise* e atenção para esses processos, o que imprimiu um nível de celeridade relevante nestes processos, além de ter permitido o a negociação de acordos pela Superintendência Geral. Nesse sentido expõe ANDRADE (2015, P. 279):

Novamente, a estrutura da SG aparece como marco de consolidação de um instituto cuja maturidade já era razoavelmente percebida entre os diversos atores do processo antitruste. E, é claro, a oportunidade de reorganização, reflexão e incremento oferecida com esta nova estrutura também deveria gerar frutos no Programa de Leniência do CADE. Neste sentido, a reorganização funcional, temática e processual da SG, com uma melhor alocação dos recursos e uma gestão mais eficiente também permitiu que, no âmbito do gabinete da SG, mais precisamente sob coordenação da chefia de gabinete, se constituísse uma unidade de dedicação praticamente exclusiva de análise e processamento de pedidos de leniência.

Inegável, portanto, que a nova legislação de defesa da concorrência aparelhou o CADE com os mecanismos necessários para o desenvolvimento – e robustecimento – do seu Programa de Leniência, o que possibilitou a celebração de inúmeros acordos, sejam TCCs, sejam Acordos de Leniência.

b) Os tipos Acordos Atualmente presentes na Legislação Antitruste

Atualmente, existe, na legislação antitruste, a previsão de dois tipos de acordos que podem vir a ser realizados com a autoridade de defesa da concorrência em casos de cartel: o primeiro deles ocorre antes da investigação conduzida pela autoridade, ou seja, quando ainda não se tinha ciência da prática coordenada. Nesse contexto, a empresa, ou executivo, que for o primeiro a buscar a autoridade, exporá para a Superintendência Geral do CADE os meandros da prática ilícita que a autoridade ainda não tinha conhecimento.

Esse primeiro acordo, denominado de Acordo de Leniência, poderá importar na isenção de qualquer penalidade, seja na esfera administrativa, seja na esfera penal¹²², sendo exclusivo para o primeiro colaborador. O Acordo de Leniência está previsto em nosso ordenamento jurídico no Art. 86¹²³ da Lei de Defesa da Concorrência. Os Signatários deste acordo precisarão reportar a conduta e obrigatoriamente identificar os demais agentes envolvidos na infração, bem como subsidiar a autoridade com provas e informações da conduta reportada.

Além deste, também se faz presente em nosso ordenamento jurídico, especificamente no art. 85 da Lei 12.529/2011¹²⁴, o Termo de Compromisso de Cessação. Ao contrário do Acordo de Leniência, o TCC é celebrado após a instauração de um processo pela autoridade de defesa da concorrência. Nestes casos, e em se tratando de condutas de cartel, o TCC deverá prever, obrigatoriamente, a obrigação de recolher contribuição pecuniária ao Fundo de Direitos Difusos¹²⁵.

Ao contrário do Acordo de Leniência, o TCC não importa em imunidade – ou qualquer redução de penalidade – no âmbito penal, mas, tão somente, uma redução da sanção esperada em âmbito administrativo. Essa redução, por sua vez, está escalonada com base no momento da propositura do acordo ao CADE. Nesse contexto, nos termos

¹²² Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

¹²³ Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

¹²⁴ Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

¹²⁵ Art. 183. Tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, ou ainda de promoção, obtenção ou influência a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes, o compromisso de cessação deverá, necessariamente, conter a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário, que será estabelecido durante o processo de negociação e que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 37 da Lei 12.529, de 2011.

do art. 186 do RICADE, o escalonamento das contribuições pecuniárias nestes acordos é a seguinte:

Art. 186. A análise da contribuição pecuniária nas propostas de TCC no caso das infrações previstas no art. 185 deste Regimento Interno levará em consideração, quando exigível, a amplitude e utilidade da colaboração do compromissário com a instrução processual e o momento de apresentação da proposta, observados, quando possíveis de estimação e caso seja celebrado o TCC, os seguintes parâmetros:
I - redução percentual entre 30% e 50% da multa esperada para o primeiro Representado que requerer TCC no âmbito da investigação de uma conduta;
II - redução percentual entre 25% e 40% da multa esperada para o segundo Representado que requerer TCC no âmbito da investigação de uma conduta; e
III - redução percentual de até 25% da multa esperada para os demais Representados que requererem TCC no âmbito da investigação de uma conduta.

Significa dizer, portanto, que no melhor cenário possível, aquele que se candidatar ao TCC poderá obter um desconto de 50% (cinquenta por cento) da multa que lhe seria esperada. Ocorre que, a despeito da inexistência de qualquer benefício em âmbito penal, o TCC, em casos de carteis, pressupõe que o Compromissário reconheça a sua participação na conduta investigada, isto é, no cartel, nos termos do art. 184 do RICADE:

Art. 184. Tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, o compromisso de cessação deverá, necessariamente, conter reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário.

Assim sendo, e como exposto por MARTINEZ (2013, P. 279 e 280), ao exigir a confissão de participação na conduta, o indivíduo poderá optar por não negociar com a autoridade de defesa da concorrência, visto que ao celebrar o acordo, esse poderá servir para subsidiar uma ação penal, ou robustecer alguma ação em curso. Assim, caso o indivíduo opte por celebrar acordo de TCC com o CADE este terá que lidar com a confissão administrativa em âmbito penal, seara do Direito que mais lhe preocupa.

Nesse contexto, e como pontuado pela autora, alguns doutrinadores chegam a defender que essa exigência não seria adequada e retiraria a efetividade e atratividade

destes acordos. Essa, contudo, não parece ser a prática. Desde a instituição da nova política de TCCs, o CADE vem experimentando um significativo incremento de acordos, sobretudo em virtude da operação Lava-Jato que expôs o âmago de diversas condutas anticompetitivas perpetradas ao longo dos anos no Brasil.

O aumento exponencial desses acordos, contudo, não significa que se trata de um programa imune à crítica, ou não suscetível a falhas. Acredita-se que a evolução destes programas precisa ser perene e constante, de modo a mantê-lo atrativo e servindo para o seu propósito de dissuadir práticas futuras, reprimir aquelas que causaram danos à sociedade e dismantelar aquelas em curso.

Assim sendo, e considerando que a principal preocupação das pessoas físicas é com eventual investigação criminal e, conseqüentemente, com o risco de ser preso, o estabelecimento desta obrigação pode se tornar um elemento que desincentiva a celebração destes acordos, pois o indivíduo que optar por celebrar com a autoridade não enxergará a Regra de Ouro da Leniência e poderá sair deste acordo em uma situação pior do que quando nela ingressou.

Há, portanto, uma nítida assimetria entre os benefícios previstos no Acordo de Leniência e no TCC. Isso não significa que ambos os acordos precisam prever total imunidade, visto que nesse cenário nenhum indivíduo optaria por iniciar a corrida para delação e ser o primeiro a colaborar com a autoridade de defesa da concorrência. Contudo, considerando a necessidade de se garantir segurança jurídica e tendo em vista a evidente ausência de interlocução entre as autoridades de controle no Brasil, tem-se que esse descompasso pode ser prejudicial ao próprio sistema de combate à cartéis.

É inegável – e não poderia ser diferente – que o Acordo de Leniência é muito mais benéfico para o executivo que optar por confessar a prática ilícita à autoridade. Ocorre, ao que parece, que atualmente os benefícios previstos em ambos os acordos estão descalibrados, trazendo para os proponentes de TCC apenas benefícios na esfera administrativa, sem qualquer previsão de reduções de pena em âmbito penal, o que parece ser desarrazoado para aqueles que optarem por colaborar com a autoridade após a instauração de um Processo Administrativo, visto que existe a obrigação regimental

de o Compromissário reconhecer a prática da conduta ilícita, o que, ao cabo, importa em uma confissão no âmbito penal.

c) Como a insegurança jurídica causada pela ausência de benefícios penais pode desestimular o segundo colocado

O modelo de jurisdicional brasileiro é, em grande medida, influenciado pelo modelo francês. A França possui um sistema de jurisdição bifurcado, ou bipartido. Há, nesse cenário, a justiça administrativa e a justiça judicial. No Brasil existe, com suas devidas particularidades, um modelo que, de certa forma, assemelha-se ao Francês. Existe em nosso ordenamento jurídico, uma jurisdição administrativa e, também, uma jurisdição judicial, sendo que em muitos casos a jurisdição judicial, a partir do princípio da deferência, não adentra no mérito das decisões administrativas. Nesse sentido expõe SILVA (2017, P. 201 e 202) em relação aos sistemas de probidade administrativa, mas que podem ser utilizados por paralelismo na seara antitruste:

É possível, então, resumir o quadro geral de sistemas sancionatórios não penais direcionados à repressão dos atos lesivos à probidade administrativa da seguinte forma: a) por primeiro, há o sistema de sanções da Lei de Improbidade Administrativa, organização normativa que se vaza em tipos abertos e que alveja, num primeiro termo, os agentes públicos, mas que também alcança eventuais extraneus que tenham concorrido com os ilícitos ou que tenham deles se beneficiado; b) por segundo, há o sistema da Lei Anticorrupção, sistema caracterizado por responsabilidade objetiva e que alveja, num primeiro termo, as empresas que negociam com a administração; c) por terceiro, há o sistema de direito administrativo sancionador, processos administrativos levados a efeito e sanções aplicadas pela própria administração pública.

(...)

É evidente que essas perspectivas de punição se sobrepõem entre si e mesmo se sobrepõem ao sistema penal de apurações. Fala-se, em outras palavras, em espaços de intersecção nos quais um único fato gerará múltiplas repercussões.

(...)

Em sendo tudo dessa maneira, é preciso se tenha estabelecido de uma maneira adequada um conjunto de regras destinado a regular esses espaços em que há incidência múltipla de normas diversas com finalidades diversas.

Em se tratando de cartéis, por exemplo, diversas são as instâncias administrativas competentes para analisar essa prática. Enquanto o CADE é responsável por processar e julgar no âmbito administrativo os cartéis, a justiça também pode, a partir de uma denúncia do Ministério Público, receber uma denúncia e, com base nos mesmos fatos, investigar os executivos para aplicação de sanções em âmbito penal. Para além desse, também é possível que as empresas venham a ser investigadas pelos mesmos fatos em uma eventual ação de improbidade e, também, por Tribunais de Contas.

Em outras palavras, é evidente que estamos diante de um modelo multifacetado de penalidades. Significa dizer, portanto, que os integrantes do cartel – pessoas físicas ou jurídicas – podem vir a ser investigadas e condenadas em âmbito administrativo pelo CADE, além de, porventura, serem investigadas por outras autoridades, como o Tribunal de Contas, em casos de cartel em licitações, por exemplo. Para além dessas investigações, os participantes da conduta podem vir a se tornar réus em ações de improbidade ou ações penais. A existência de duas instâncias julgadoras dá ensejo ao que se denomina de Modelo Bifurcado, conforme expõe a ICN (2014, P. 17)

A bifurcated enforcement model typically refers to the situation where the investigative/administrative and prosecutorial roles are divided between two different agencies. Bifurcation of responsibilities in respect of cartel matters may introduce some unpredictability and uncertainty regarding the leniency program, particularly the application and decision-making process. This may be compounded if the investigating agency and the prosecuting agency are separate and have separate and differing leniency policies.

É necessário, portanto, que em sistemas multifacetados haja uma coordenação entre os órgãos de investigação e uma atuação cooperativa das autoridades de controle¹²⁶, sob pena de se desestimular a celebração destes acordos, como exposto pelo Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2020, P. 46,47)

¹²⁶ Nesse sentido expõe ATHAYDE (2019, 261): “Diante da atuação concomitante de diversas instituições públicas no âmbito da negociação e celebração de Acordos de Leniência Anticorrupção, com a condução de processos administrativos, civis e penais, eventualmente até nas esferas federal, estadual e municipal, as instituições competentes devem adotar um comportamento cooperativo. Se aqueles que praticam os atos de corrupção atuam de modo organizado, as instituições públicas também devem atuar de modo organizado para enfrentar os ilícitos de corrupção”.

Diante desses termos pactuados, é importante que a Administração Pública atue de forma coordenada, e não de maneira contraditória e incoerente, de modo a se gerar a aplicação de sanções como se não houvesse colaboração voluntária. É uma responsabilidade do Estado zelar para que as empresas investigadas não tenham a percepção de que a Administração Pública está desonrando os seus compromissos. (...) Se tal sobreposição fática não for considerada de forma harmônica, sobreleva-se o risco de determinada empresa ser apenada duas ou mais vezes pelo mesmo fato, a despeito de não ser evidente a pluralidade de bens jurídicos tutelados pelas distintas esferas de responsabilização. (...) Para além do debate sobre ocorrência de bis in idem, uma perspectiva punitiva não coordenada dos regimes de responsabilidade cível e administrativa gera riscos à própria efetividade do sistema anticorrupção.

A necessidade desse alinhamento institucional em sistemas multifacetados é, de fato, um grande dificultador no desenvolvimento dos Programas de Leniência, visto que eventual descompasso entre as autoridades pode minar a confiança dos colaboradores, importando em eventual insegurança jurídica. Importante notar que os colaboradores veem as diversas autoridades de controle como um “único agente”, qual seja, o Estado. Além disso, para o Colaborador todas as sanções serão pagas individualmente pelo agente infrator, independentemente de onde vier a sanção. Isso significa, em outras palavras, a conta será paga de um mesmo, e único, bolso.

Dessa forma, os sistemas bifurcados criam uma dificuldade adicional no desenvolvimento destes acordos. Ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, por exemplo, no Brasil, os colaboradores devem celebrar acordos individuais com cada uma das autoridades que tenham competência por investigar o ilícito. Ou seja, em alguns casos, como se viu na Lava Jato, existem cinco autoridades que poderiam ser competentes para analisar a mesma prática ilícita, de modo que a ausência de uma atuação coordenada desses agentes pode, ao cabo, importar significativa insegurança jurídica para o administrado que terá fundado receio em colaborar com o Estado.

Isso porque, e como já exposto, o indivíduo poderá celebrar acordo com o CADE e vir a ser, com base nos fatos relatados, processado perante o judiciário, ou vir a responder perante outros órgãos da administração. Tal fato faz com que os Programas de Leniência se tornem menos atrativos, pois neste modelo multifacetado o indivíduo terá grande dificuldade em observar a Regra de Ouro da leniência, isto é, que sua

colaboração o colocará em uma melhor posição que esperar uma eventual investigação ou o deslinde do processo.

Assim, como apontam MACEDO e SANT'ANA (2019, p. 10)¹²⁷, a análise de custo e benefício pelo praticante da conduta em decidir se irá aderir, ou não, a um Programa de Leniência será fatalmente influenciada pelo número de órgãos competentes para realizar acordos – e, também, para punir os colaboradores. Tal análise, quando existentes inúmeros órgãos de controle podem desestimular a corrida para celebrar um acordo. Tal fato desestímulo decorre, em grande medida, da insegurança jurídica para os potenciais colaboradores, como apontam os autores:

Atualmente, já decorridos alguns anos da instauração das principais leis que amparam os Programas de Leniência, ainda paira insegurança jurídica para as empresas e pessoas físicas que desejam negociar com os órgãos da administração pública, já que podem ter de recorrer a mais de uma entidade do Estado para conseguir benefícios em todas as esferas que envolvem o caso a ser delatado, correndo o risco, até mesmo, de ter abertura de processos sancionatórios contra si. A distinção entre as legislações traz diferentes requisitos para a celebração de cada acordo, especialmente no que tange a corrida para ser o primeiro da fila, a quem tem legitimidade para proposição, ou a quais requisitos são suficientes para garantir a celebração. As diferenças também estão no tocante aos benefícios concedidos aos colaboradores, por exemplo, a concessão de imunidade total ou parcial da sanção a ser aplicada, se há ou não extensão da imunidade na seara criminal ou civil, e ainda se existe a possibilidade de realização de outros acordos de colaboração a serem realizados com o segundo em diante na fila, como no caso dos Termos de Compromissos de Cessação do Cade. Além do mais, as contradições são gritantes no que tange as fases e procedimentos da negociação em cada espécie de leniência.

É indispensável, nesse cenário, que o Programa de Leniência – seja do CADE, ou de qualquer outra autoridade – leve em consideração a existência desse modelo multifacetado de punições e possa prever segurança jurídica e previsibilidade perante

¹²⁷ *Por fim, cabe registrar que a ponderação custo-benefício feita pelo agente ao tomar a decisão de aderir ou não a um Programa de Leniência pode ser influenciada pelo número de órgãos competentes para fazer o acordo. A decisão de negociar com apenas uma autoridade, ou com demais, também gera um custo de transação que deve ser sopesado, pois pode estimular negativa ou positivamente a corrida para celebrar o acordo.*

outras autoridades, sob o risco de os próprios programas perderem a sua atratividade. Nesse sentido expõe a ICN (2017, 2)

Bifurcated leniency systems: If there is a system of corporate leniency and leniency for individuals and/or parallel civil, administrative and criminal regimes, it is important to provide maximum certainty and predictability of the system as a whole. In order not to jeopardize the efficiency of the leniency program it is important to ensure that:

(...)

b) legal sanctions of a different nature applying to the same conduct do not neutralize or counteract each other and that the interests and incentives of corporations and individuals involved are taken into account. **It is important to provide protection to corporations and individuals applying for leniency from other potential administrative, regulatory (e.g. debarment by public procurement authorities) or criminal sanctions.**

Apesar de ser ponto comum que deva haver segurança jurídica para os colaboradores e que se deve evitar sanções cruzadas com base nas informações fornecidas pelo colaborador, isso não é o que ocorre de fato em nosso sistema jurídico.

Conforme já amplamente exposto, o Compromissário de um TCC precisará reconhecer a sua participação em uma conduta típica, penalmente sancionável, sem poder experimentar qualquer benefício no âmbito penal. Nesse sentido aponta o CADE e o Grupo de Combate a Cartéis da Procuradoria da República em São Paulo no Memorando de Entendimentos firmado entre as autoridades:

O Programa de Leniência se completa, na seara administrativa, com outros institutos premiais em direito sancionador, como o Termo de Compromisso de Cessação (TCC), previsto no artigo 85 da Lei 12.529/2011 e acessível a todos os demais agentes econômicos investigados nos procedimentos administrativos, desde que preenchidos os requisitos de pagamento de contribuição pecuniária, reconhecimento de participação na conduta investigada, colaboração e cessação de participação na conduta investigada, e cujos benefícios são apenas na seara administrativa, sem previsão de benefícios automáticos na seara criminal. (BRASIL, 2016, p. 2)

Ocorre que esse mesmo Memorando de Entendimentos existe a expressa obrigação de o CADE comunicar o Ministério Público de São Paulo em caso de

celebração de novos acordos, o que aumenta de maneira indistinta o risco de executivos colaborarem com a autoridade e serem penalmente investigados:

A atuação do CADE e do PR/MPF/SP a partir de um ponto comum – qual seja, o próprio Acordo de Leniência, que resulta em imunidade criminal automática, nos termos do artigo 87 da Lei 12.529/2011 – e das repercussões mútuas ao longo da investigação do ilícito do cartel – quais sejam, as comunicações entre CADE e o PR/MPF/SP, **inclusive quanto à celebração de Termos de Compromisso Cessação administrativamente** e Acordos de Colaboração e Confissões criminalmente –, evidenciam a relevância da cooperação e coordenação entre as instituições, para que tenham, no interesse da transparência de sua atuação conjunta, entendimento que permitam a definição de parâmetros consistentes entre os institutos administrativos e penais nas investigações de infrações da ordem econômica. (BRASIL, 2016, p. 3)

É louvável, porém não é o que parece se verificar na prática, que o Ministério Público tenha interesse em punir estes ilícitos, haja vista se tratarem da principal e mais prejudicial conduta que pode vir a ser praticada pelas empresas em âmbito do direito da concorrência. Ocorre que ao se implementar uma política de que os acordos de TCC sejam comunicados ao Ministério Público, isso aumenta de maneira exponencial o risco de um determinado executivo deixar de colaborar com a autoridade haja vista o receio de sua colaboração ser utilizada para incriminá-lo, visto que será realizada uma confissão administrativa pelo Compromissário.

Dessa forma, o indivíduo deixará – ou poderá deixar – de negociar com o CADE, a despeito de sua colaboração ser, em muitos casos, crucial para a autoridade de defesa da concorrência, pois o potencial colaborador se verá em um cenário de incerteza e total ausência de segurança jurídica sobre a forma como sua colaboração será tratada pelos demais órgãos de controle. Talvez por essa falta de segurança jurídica e aumento de exposição em outra seara, que representa a principal preocupação para as pessoas físicas, apontam SCHERTEL e RUFINO (2015, P. 435) *um possível avanço seria a concessão de benefício na esfera penal a pessoas físicas que desejem colaborar com as investigações no CADE mesmo após a celebração de acordo de leniência relativa a conduta em questão.*

Nesse mesmo caminho, apontam SILVEIRA e FERNANDES (2019, P.6)¹²⁸ que a principal fraqueza dos TCC é que o indivíduo, a despeito de colaborar com a autoridade, remanescerá exposto em âmbito penal. Assim sendo, e como aponta a OCDE (2020, P. 30), a criminalização da conduta requer que as autoridades ajustem seus programas para proporcionar os incentivos corretos àqueles que optem por colaborar com a investigação. Políticas de Leniências que não estejam alinhadas com os aspectos criminais, nesse contexto, perdem a sua efetividade:

Notwithstanding these opposite views, it cannot be discounted that the co-existence of criminalisation with administrative leniency programmes requires adjustments to provide the right incentives for individuals as well as to protect their rights. Indeed, leniency policies that are not aligned with possible parallel criminal procedures might lack effectiveness

Essa perda de efetividade vem se apresentando em casos de TCC. Inúmeras foram as vezes em que executivos – que poderiam ter interesse em negociar com a autoridade de defesa da concorrência – desistiram de negociações ao tomarem conhecimento que terão uma exposição desmedida em âmbito penal. Ocorre que, em muitos casos, a contribuição dos executivos seria extremamente relevante para autoridade e poderia robustecer, em muito, a investigação conduzida pelo CADE. Em muitos casos, inclusive, a colaboração em TCCs apresenta a participação de outras empresas e indivíduos que não estavam, em um primeiro momento, no radar da autoridade.

Alguns autores, como LESLIE (2006, P. 17)¹²⁹, indicam que uma vez quebrada confiança entre as os integrantes do cartel e um dos seus membros já tenha celebrado um Acordo de Leniência com a autoridade de defesa da concorrência, a Escolha Dominante para as demais, com base na Teoria dos Jogos seria, também, de negociar com a autoridade, ainda que somente fosse possível uma redução da penalidade. Esse posicionamento também é defendido por RUFINO (2015, P. 57)

¹²⁸ The main weakness of the multiple leniency system in Brazil seems to derive from the fact that lenient applicants in competition law and anti-corruption spheres can remain exposed to criminal sanctions even if they engage in full collaboration with CGU or CADE.

¹²⁹ *After the trust is betrayed and one cartel member has sought amnesty, then the chart indicates that confession is the preferred decision for the remaining scenarios.*

A segunda proposta diz respeito a estabelecer um elemento temporal incidente ao jogo. Embora seja certo que a confissão se torna extremamente atraente, quase inevitável, se outra parte já confessou, a opção por não confessar, quando o cartel ainda não foi detectado e ninguém confessou, conforme analisado no item anterior, apresenta vantagens substanciais.

Entendo, entretanto, que a premissa apresentada não se aplica às pessoas físicas. É inegável que, para pessoas jurídicas que tenham praticado o ilícito a opção por colaborar com a autoridade, uma vez instaurado o processo, torna-se a Escolha Dominante, haja vista consistir em mero pagamento de multa. Nesse sentido posiciona-se ROSENBERG (2020)¹³⁰:

Potential misalignment of incentives between companies and individuals. (...) For companies it doesn't make really difference if the sanction is criminal or administrative. In the end of the day the will be subject to a fine. **Well for the individuals, they are the one that really suffers the consequences of a criminal prosecution as they will be the ones that will be serving time in jail.** (...) I think criminal liability is an important issue taken into account in the context of leniency application. But that does not mean that criminal sanction brings more cooperation with the authorities, because if that could be true, when leniency is available, on the other side of the coin, if criminal sanctions is to be applied in addition to the administrative one, this may be a deterrent to individuals cooperate if amnesty is not available. The individuals could be concerned to admit violation if they are not totally comfortable of how that would be dealt by the other authorities, by the criminal authority for instance (...) Interaction between the laws and the authorities is key. And that is what brings me to the second challenge, that relates to the needs of co-ordination between different agencies within a jurisdiction.

Desse modo, ainda que para as pessoas jurídicas seja racional – e provavelmente a melhor escolha – para pessoas físicas, essa premissa não parece ser verificável, haja vista o risco de uma eventual investigação penal, principal espaço de preocupação destes indivíduos. Deste modo, inegável que deve haver uma interlocução entre o CADE e as autoridades penais para possibilitar que pessoas físicas tenham uma maior

¹³⁰ ROSENBERG, Barbara. Barbara Rosenberg talks about criminalization of cartels and bid rigging conspiracies. OECD. (2020). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=4bQGYTf5wZg&feature=youtu.be>. Acesso

segurança jurídica quando da celebração de TCC, como apontam ATHAYDE e DE GRANDIS (2015, P.302)¹³¹.

d) Análise Empírica das Ações Penais em Andamento relativas à Lava Jato

Conforme já exposto ao longo do presente trabalho, os indivíduos capazes de praticar condutas anticompetitivas são, em regra, aqueles que estão em posições de comando dentro de uma empresa. Esses indivíduos por se tratarem de agentes com alto grau de escolaridade, costumam agir de maneira racional, como preconiza a Teoria dos Jogos, o que faz com que os agentes sopesem as suas escolhas e optem por aquelas que, ao final, produzir-lhe-ão um resultado mais positivo. Nesse contexto, ao optar por celebrar um TCC junto ao CADE, o Compromissário verificará quais são os prejuízos de realizar uma transação com a autoridade de defesa da concorrência.

Como salientado acima, o principal prejuízo destes tipos de acordos, para pessoas físicas, consiste em eventual confissão, ainda que administrativa, por parte dos Compromissários, pelas condutas investigadas. Essa obrigatoriedade de o indivíduo assumir a prática dos fatos investigados está prevista no art. 184 do RICADE. Ao assumir os fatos narrados nesse acordo, o indivíduo, por via transversa, confessa a prática de ilícitos que são penalmente tipificáveis, o que sujeitar-lhe-á a uma investigação penal, ou, ainda, majorará o risco de ser eventualmente condenado em Ação Penal em curso.

Nesse contexto, o presente trabalho buscou verificar quantos Processos Administrativos Sancionadores existem no âmbito do CADE, especificamente no que diz respeito à Lava Jato, e quantos processos penais haviam sido instaurados com base

¹³¹ Em que pese isso, caso o Compromissário em sede do TCC queira colaborar também com a investigação criminal, será necessário conciliar a celebração do TCC no Cade com um Acordo de Colaboração premiada no âmbito criminal. Nesse contexto, tem-se a oportunidade de o infrator da legislação antitruste, querendo colaborar em ambas as investigações, solicitar ao Cade que intermedie seu contato com o órgão do Ministério Público que detém atribuição para persecução criminal. Havendo espaço e interesse na colaboração premiada, esta poderá ser negociada com o Ministério Público e homologada pelo juiz. Cumpre pontuar que, nesse caso, ao contrário do que acontece com o Acordo de Leniência, cada órgão atuará de maneira independente, respeitando suas respectivas legislações, não sendo necessária - apesar de não ser impossível - a assinatura de um único documento com efeitos em ambas as esferas. **A coordenação entre os dois órgãos, mais uma vez, deve imperar, para a garantia da segurança jurídica e para o benefício dos administrados e da sociedade brasileira.**

nos mesmos fatos investigados pela autoridade de defesa da concorrência. O recorte realizado – de buscar apenas ações decorrentes da Lava Jato – teve como objetivo reduzir o aspecto temporal à nova legislação de defesa da concorrência, que entrou em vigor em 2012, bem como por se tratar da maior operação contra essa modalidade de crime organizado em curso na história do país.

Posto isso, foi possível verificar, dentre os casos públicos existentes, que o CADE já instaurou 16 (dezesesseis) Processos Administrativos, ou Inquéritos Administrativos¹³², para apurar eventuais casos de cartéis decorrentes de obras públicas relacionadas à Lava Jato, sendo que, em todos os casos, foi celebrado Acordo de Leniência, total ou parcial, entre a autoridade e um investigado.

Nota-se que, em todos esses casos, apesar de não ser uma obrigação legal, há uma *práxis* reiterada da autoridade de defesa da concorrência de facultar ao Ministério Público¹³³ a assinatura conjunta destes acordos. Significa dizer, portanto, que sempre – ou ao menos na grande maioria das vezes – que um Acordo de Leniência é celebrado, o Ministério Público passa a deter de um relato minucioso da conduta ilícita o que lhe possibilita a apresentação de uma denúncia detalhada sobre este crime.

Assim sendo, ao receber da SG esses acordos, seria possível afirmar que o Ministério Público passa a dispor de elementos suficientes para elaboração – e apresentação – de uma Denúncia, ao menos para os ilícitos de cartel e organização criminosa. Nos casos da Lava Jato, por se tratar de licitações públicas, também é possível afirmar que o Ministério Público deteria elementos suficientes para denunciar, também, os indivíduos por fraude à licitação.

¹³² Respectivamente os Processos Administrativos ou Inquéritos Administrativos nº (i) 08700.003251/2017-17; (ii) 08700.004468/2017-44; (iii) 08700.003240/2017-37; (iv) 08700.002086/2015-14; (v) 08700.006630/2016-88; (vi) 08700.003226/2017-33; (vii) 08700.007776/2016-41; (viii) 08700.007777/2016-95; (ix) 08700.007351/2015-51; (x) 08700.006377/2016-62; (xi) 08700.003241/2017-81; (xii) 08700.007277/2013-00; (xiii) 08700.003243/2017-71; (xiv) 08700.003237/2017-13; (xv) 08700.003262/2017-05; e (xvi) 08700.003361/2017-89.

¹³³ A depender do caso, faz parte do Acordo de Leniência o Ministério Público Federal, ou Ministério Público Estadual.

Ocorre que, dos 16 (dezesseis) Processos Administrativos já instaurados pela autoridade de defesa da concorrência, só foi possível verificar a existência de 12 (doze) processos penais com o mesmo substrato fático destes processos sancionadores. Significa dizer, em outras palavras, que em 25% (vinte e cinco por cento) dos casos já instaurados pela SG, a despeito da existência de um Acordo de Leniência, que contou com a participação do Ministério Público, não foi possível identificar um processo penal correlato que envolvesse a denúncia de cartel ou de outros crimes¹³⁴.

Ademais, a partir da análise das denúncias realizadas, foi possível observar que em 4 (quatro) delas, o Ministério Público não realizou a denúncia pela prática do crime de cartel, previsto na Lei 8.137/90. Ou seja, em apenas 8 (oito) dos 16 (dezesseis) Processos Administrativos já instaurados pelo CADE e que o Ministério Público celebrou, em conjunto o Acordo de Leniência, houve denúncia pelo ilícito de cartel em apenas metade dos casos, o que parece ser um quantitativo bastante residual para se combater e dissuadir essa prática tão nociva.

Em outras palavras, significa dizer que em 50% (cinquenta por cento) dos casos, a despeito de o Ministério Público deter informações, documentos e um Histórico de Conduta extremamente detalhado dos meandros da prática criminosa, não foi realizada denúncia pelo ilícito de cartel pelo *parquet*, ainda que esse tenha se utilizado como narrativa fática o cartel para justificar a denúncia dos outros ilícitos¹³⁵. Veja-se, por exemplo, que na Ação Penal nº 5037800-18.2016.404.7000, o Ministério Público apresenta o seguinte resumo da Denúncia em seu site institucional¹³⁶:

Denúncia apresentada no dia 8 de agosto de 2016, aponta que 15 pessoas praticaram delitos de cartel, corrupção e lavagem de dinheiro no contrato para construção do Centro de Pesquisas e

¹³⁴ Salienta-se que existe a possibilidade de o Ministério Público apresentar denúncia posteriormente.

¹³⁵ Ação Penal nº 0011507-87.2018.403.6182, correspondente aos Processos Administrativos nº 08700.004468/2017-44 e 08700.003240/2017-37.

Ação Penal nº 5028838-35.2018.404.7000 e Ação Penal nº 5046120-57.2016.404.7000 correspondente ao Processo Administrativo nº 08700.002086/2015-14

Ação Penal nº 0017513-21.2014.4.02.510 correspondente aos Processos Administrativos nº 08700.006630/2016-88, 08700.003226/2017-33 e 08700.007776/2016-41

Ação Penal nº 17955-93.2016.4.01.3500 correspondente aos Processo Administrativo nº 08700.003262/2017-05

¹³⁶ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/acoes>

Desenvolvimento Leopoldo Américo Miguez de Mello (Cenpes), no Rio de Janeiro, celebrado em 21 de janeiro de 2008. O contrato firmado pelo Consórcio Novo Cenpes com a Petrobras estava inicialmente previsto no valor de cerca de R\$ 850 milhões, entretanto, depois de sucessivos aditivos, superou o montante consolidado de R\$ 1 bilhão. Para que o negócio fosse fechado, executivos do Consórcio Novo Cenpes formado pelas empresas OAS, Carioca Engenharia, Schahin, Construbras e Construcap, ofereceram e efetivamente pagaram mais de R\$ 20 milhões em propinas para funcionários do alto escalão da Petrobras e representantes do Partido dos Trabalhadores (PT), que dava sustentação política a tais funcionários corrompidos.

Por sua vez, na página 9 da referida Denúncia há a expressa indicação de que tais executivos atuaram de forma cartelizada:

i) de cartel, em âmbito nacional, previsto no art. 4º, II, “a” e “b”, da Lei 8.137/90, tendo em vista que os integrantes do núcleo empresarial firmaram acordos, ajustes e alianças, com o objetivo de, como ofertantes, fixarem artificialmente preços e obterem o controle do mercado de fornecedores da PETROBRAS;

Entretanto, e apesar de a Denúncia possuir como substrato fático a conduta de cartel, nenhum dos Réus foi denunciado pelo crime de cartel, previsto no art. 4º, II, “a” e “b” da Lei 8.137/90. Situação semelhante, por sua vez, é verificada na Ação Penal nº 5044464-02.2015.4.04.7000. No sítio eletrônico do Ministério Público Federal a Denúncia em questão é assim resumida:

Corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro, evasão de divisas, organização criminosa e embaraço à investigação criminosa por 15 pessoas ligadas a licitações fraudulentas da Eletronuclear. Em 1º de setembro de 2015, o Ministério Público Federal no Paraná ofereceu denúncia expondo esquema criminoso que atuou nas licitações da Eletronuclear. **Houve formação de cartel, principalmente nas licitações de serviços de montagem da Usina Angra 3.** As empreiteiras Andrade Gutierrez e Engevix, contratadas pela Eletronuclear, serviram-se de empresas de fachada para repassar propinas para o vice-almirante reformado Othon Luiz Pinheiro da Silva, presidente licenciado da Eletronuclear.

No âmbito da denúncia, por sua vez, também é possível verificar que o Ministério Público se utiliza como pano de fundo fático a existência de um grande cartel - tendo

inclusive mencionado essa palavra por 84 vezes ao longo da Denúncia. Esse cartel, conforme exposto o qual teria operado para dividir e fraudar licitações públicas:

Nesse contexto, eram cometidos delitos contra a ordem econômica, corrupção e lavagem de dinheiro, com a formação de um grande e poderoso Cartel do qual participaram as empresas OAS, ODEBRECHT, UTC, CAMARGO CORREA, TECHINT, ANDRADE GUTIERREZ, MENDES JÚNIOR, PROMON, MPE, SKANSKA, QUEIROZ GALVÃO, IESA, ENGEVIX, SETAL, GDK e GALVÃO ENGENHARIA.

Ocorre que no momento de realizar a denúncia o Ministério Público não se utilizou da capitulação legal deste crime, tendo inclusive admitido que não seria, naquele momento, apresentado Denúncia sobre esse fato:

I.B: Cartel: embora não seja denunciado neste momento, os denunciados incorreram no delito do art. 4º, II, “a” e “b”, da Lei 8.137/90, pois lograram frustrar o caráter competitivo de para eliminar a possibilidade de concorrência nas licitações inauguradas pelos editais de Pré-Qualificação nº GAG.T/CN-005/11 e de Concorrência nº GAC.T/CN-003/13 da ELETRONUCLEAR

Ora, se o Ministério Público tem ciência de que os denunciados incorreram no delito de cartel, não parece ser razoável que não seja realizada a denúncia. Tal fato chama a atenção, pois conforme fora salientado acima, a principal preocupação de executivos e, conseqüentemente, o principal elemento dissuasório e desestabilizador de carteis é o receio, por parte do indivíduo, de vir a ser sancionado penalmente, isto é, de vir a ser preso. Dessa forma, se o Ministério Público não apresentar a Denúncia por cartel, mesmo se utilizando do substrato fático deste ilícito como pano de fundo para a Denúncia dos outros crimes, não será alcançado o elemento dissuasório pretendido com a sanção penal, de modo que este ilícito continuará a ser um crime que compensa.

Conforme já exposto anteriormente, a escolha por realizar, ou não, a prática ilícita por indivíduos racionais é feita a partir do sopesamento dos benefícios obtidos com a conduta *versus* o tripé baseado (i) na capacidade de detecção; (ii) no risco de punição; e (iii) na sanção aplicável.

Do ponto de vista administrativo, isto é, do processo sancionador conduzido pela autoridade de defesa da concorrência¹³⁷ é possível afirmar que, uma vez detectado o ilícito de cartel pela autoridade, o CADE é bastante rigoroso em sua atuação, punindo os agentes praticantes da conduta – pessoas físicas e jurídicas – de maneira exemplar, isto é, com uma sanção próxima ao máximo legal permitido. Inegável, portanto, que uma vez detectado o ilícito, primeiro elemento do tripé, o risco de punição e a sanção esperada são elevados, o que dissuade, de alguma maneira, a prática deste ilícito.

Ocorre que, em virtude do sobrepreço praticado – muitas vezes superior a 20% (vinte por cento) – e considerando o limitador existente no art. 37 da Lei 12.529/2011¹³⁸, a punição administrativa da conduta não é suficiente para desestimular a ocorrência destes ilícitos, de modo que, se analisada tão somente a sanção administrativa, a prática do cartel seria, do ponto de vista racional, uma Escolha Dominante.

Isso porque, para além de produzir um resultado líquido positivo – do ponto de resultado financeiro – a quantidade de cartéis detectados correspondem a uma pequena parcela do total de cartéis existentes em nossa economia. Ou seja, mesmo nos casos em que o CADE identifica o ilícito, a sanção máxima aplicada pela autoridade tende a ser inferior ao resultado obtido pelo cartel. Ademais, do ponto de vista das pessoas físicas, é comum que as empresas das quais os executivos faziam parte realizem o pagamento das multas destinadas às pessoas físicas.

Nesse contexto, para que haja o desestímulo da prática desta conduta, é essencial que o Ministério Público, uma vez munido de provas e do Histórico de Conduta apresentado pelos Signatários atue de maneira efetiva e denuncie esse ilícito, pois somente dessa forma haverá um desestímulo para o cometimento desse crime.

¹³⁷ Apesar de não existir, ainda, nenhuma decisão relacionada aos processos oriundos da Lava Jato até o momento, o CADE possui um histórico de decisões significativo em que houve a aplicação de sanções próximas ao máximo legal existente na legislação, o que demonstra a atuação efetiva desta autoridade.

¹³⁸ Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;;

Nesse contexto, não deve o Ministério Público, detendo os elementos coletados pelo CADE, não realizar a denúncia. Uma vez de posse do Histórico da Conduta, portanto, deve o Ministério Público – na totalidade dos casos – denunciar os executivos pela prática de cartel, pois somente dessa forma que a prática de cartel deixará de ser uma Escolha Dominante para os agentes.

e) Proposta de Aprimoramento do Sistema para Combate à Cartéis

Foi possível verificar, ao longo do presente trabalho, e considerando apenas as Ações Penais oriundas da Lava Jato – recorte realizado para fins desta pesquisa – que o Ministério Público, apesar de ser Signatário dos 16 (dezesesseis) Acordos de Leniências Firmados pelo CADE e, conseqüentemente, deter um relato substancial e detalhado das condutas anticompetitivas relatadas, especialmente pelas informações e documentos fornecidos, apresentou denúncia de cartel aos executivos, nos termos do art. 4º da Lei 8.137/90, em apenas 8 (oito) destes casos.

Entende-se que a realização da denúncia em apenas metade dos casos que o *parquet* tem conhecimento, provas e um relato substancial de, ao menos, um participante, é um número pouco expressivo e não tem o condão de dissuadir a prática de cartel, a qual segundo OLIVEIRA (2015, P.30) seriam a “antítese do livre mercado” e a prática mais danosa para a nossa sociedade. Nesse contexto, e como aponta BRAGA (2018, P. 68)

Essa visão suscita uma importante constatação: cartéis têm elevadíssima reprovabilidade social e devem ser punidos com maior rigor que outras práticas anticompetitivas, o que tem alimentado discussões sobre mecanismos que criam ou desestimulam comportamentos (CROWE; JEDLICKOVÁ, 2016) e, portanto, se remédios antitruste devem ganhar mais espaço em deliberações antitruste. Por um lado, a sanção a cartéis deve produzir inutilidade suficiente para compensar vantagens auferidas pelo infrator com a ilicitude (WERDEN, 2009a), questionando a penalidade ótima a que cartéis devem ser submetidos.

Dessa forma, ainda que o CADE seja uma autoridade de excelência internacionalmente reconhecida que tem ao longo do tempo aplicado muitas recordes

nos Processos Administrativos que apuram prática de cartel, é possível afirmar, todavia, que a quantidade de cartéis detectados pela autoridade de defesa da concorrência é ínfima comparativamente à quantidade de cartéis atualmente existentes em nossa economia.

Nesse contexto, a denúncia feita pelo MP em apenas metade dos casos é insuficiente para criar um elemento dissuasório da prática pelas pessoas físicas, seja no sentido de evitar futuras práticas, seja para desestabilizar cartéis existentes. É importante pontuar que a desestabilização de cartéis existentes pode importar no mero encerramento da prática delituosa sem que o Estado venha a sancioná-la o que não é o resultado ótimo, mas evidentemente melhor que a manutenção do ilícito, ou, ainda, na celebração de Acordo de Leniência com um dos seus membros.

Considerando o tripé detecção – punição – sanção, é possível concluir que os praticantes desta conduta, que são economicamente racionais, entenderão que a prática de cartel, por mais nefasta que ela seja para a economia, é a Escolha Dominante para os participantes do conluio, visto que (i) a detecção de casos de cartel pela autoridade de defesa da concorrência, em comparação ao total de cartéis verificados em nossa econômica, é residual; e (ii) a denúncia no âmbito penal, principal esfera de preocupação do indivíduo, tem se mostrado pouco representativa. Assim, mesmo quando a prática é descoberta – algo raro – ainda existirá a chance de não existir persecução penal e os praticantes terem auferidos lucros superiores às multas que serão eventualmente impostas pela autoridade de defesa da concorrência.

Para que se verifique um elemento dissuasório desta prática, é necessário que haja uma atuação mais efetiva do *parquet* no combate a esses crimes. Para além disso, também se faz necessária a criação de mecanismos que incentivem o Estado a tomar conhecimento dessa conduta para fins de sancioná-la. Ocorre que o desenvolvimento disforme de inúmeros Programas de Leniência do Brasil acabou por trazer insegurança jurídica àqueles que desejam colaborar com a autoridade. Dessa forma, considerando a insegurança jurídica criada pelo nosso sistema multifacetado, tornou-se questionável se o indivíduo que tem conhecimento da conduta a reportará ao Estado para fins de celebração de eventual Acordo de Leniência.

Esse sistema multifacetado, portanto, tem o condão de desestimular a celebração de acordos, pois a premissa de sair de uma negociação "*melhor do que entrou*" talvez não seja verificável, tendo em vista que, eventualmente, os fatos narrados pelo indivíduo poderão, em outro momento, serem utilizados contra ele, em, por exemplo, eventuais ações de improbidade, ações no Tribunal de Contas, dentre outras, o que gera uma total insegurança jurídica para os proponentes do acordo, haja vista a incapacidade de uma interlocução e comunicação perene entre os órgãos de controle.

Tal insegurança decorre do fato de os Programas de Leniência no Brasil (ao contrário do que ocorre nos EUA, por exemplo), devem ser celebrados com cada uma das autoridades que possam apurar um determinado fato ilícito, ainda que seja o mesmo fato ilícito que esteja sendo investigado. Ou seja, em alguns casos, como se viu na Lava Jato, existem 5 (cinco) autoridades que poderiam ser competentes para analisar a mesma prática ilícita, o que tende a gerar uma enorme insegurança jurídica para os indivíduos, tendo em vista a ausência de alinhamento entre as autoridades, conforme já reconhecido pelo Ministro Gilmar Mendes¹³⁹:

Como já assentado no presente voto, a interpretação conjugada dos múltiplos regimes de leniência que se inserem no microsistema anticorrupção deve zelar (i) pelo alinhamento de incentivos institucionais à colaboração e (ii) pela realização do princípio da segurança jurídica, a fim de que os colaboradores tenham previsibilidade quanto às sanções e benefícios premiaes cabíveis quando da adoção de postura colaborativa com o Poder Público. A concretização desses dois objetivos – alinhamento institucional e preservação da segurança jurídica – demanda contínuo esforço de diálogo entre os órgãos e entidades imbuídos do combate a atos de macrocriminalidade econômica. Tal esforço é fundamental para estimular a realização de novos acordos de leniência, que são compreendidos como instrumento-chave para a detecção ilícitos secretos e com alto potencial lesivo ao Poder Público.

A par da ausência de alinhamento institucional verificada entre as autoridades públicas, mister se faz restringir essa crítica, para fins do presente trabalho, ao risco de

¹³⁹ Brasil. STF. Voto do Ministro Gilmar Mendes no Mandados de Segurança nº 35.435, 36.173, 36.496 e 36.526. 27 de maio de 2020. P. 42.

se desestimular a celebração de acordos no CADE, tendo em vista a possibilidade de estes importarem em prejuízos penais aos compromissários de Termos de Compromisso de Cessação.

Nesse contexto, o aprimoramento do sistema para combate à cartéis no Brasil deve se basear em dois pilares, quais sejam: (i) uma atuação mais efetiva do Ministério Público no combate a esse ilícito, consistente na denúncia dos indivíduos praticantes desta conduta; e (ii) a previsão, nos Termos de Compromisso de Cessação de algum benefício penal, além de se garantir maior segurança jurídica e previsibilidade para aqueles que desejarem colaborar com a Autoridade de Defesa da Concorrência.

No que diz respeito ao primeiro aspecto, somente mediante uma atuação mais efetiva do Ministério Público na tentativa de impor sanções penais aos indivíduos que será possível criar um elemento dissuasório suficiente que faça com que a prática de cartel deixe de ser, apesar dos lucros obtidos, uma conduta que compense, haja vista o fundado receio de o praticante vir a ser aprisionado. Deve haver, portanto, uma “política de “tolerância zero” em relação a estes ilícitos de colarinho branco, punindo-se, de maneira exemplar os participantes da conduta, haja vista o elevado grau de dano que essa conduta produz à sociedade, bem como o bem jurídico por ela afetado.

Aliado a isso, aqueles que desejarem colaborar com a autoridade após a instauração do Processo Administrativo em curso perante o CADE, precisarão ter algum tipo de benefício penal, ou ao menos a possibilidade de obtê-lo, pois, caso contrário, esse potencial colaborador tenderá a adotar uma postura beligerante com a autoridade. Nesse ponto – previsão de benefício penal e garantia de maior segurança jurídica e previsibilidade aos proponentes de um Termo de Compromisso de Cessação – acredita-se que a solução proposta deverá advir de uma mudança legislativa para se conferir maior segurança jurídica aos Compromissários.

Isso porque, por se tratar de matéria que concederá benefícios penais específicos e pré-determinados devem ser obedecidas as regras do processo legislativo referente à matérias de natureza penal, a qual deve vir a ser legislada pelo Congresso Nacional. Aliado à isso, a única forma de se garantir segurança jurídica e previsibilidade em

relação aos benefícios esperados se dá pela elaboração de um Projeto de Lei que preveja, especificamente, os limites máximos, e mínimos do benefício esperado, não se deixando a bel prazer do Ministério Público gradar o benefício a ser concedido

Sobre esse aspecto, e conforme já exposto ao longo do presente trabalho, o desenvolvimento do Programa de Leniência Norte Americano só veio a se desenvolver de maneira efetiva para reprimir essa modalidade de crime organizado quando se passou a prever, *ex ante*, os benefícios – ou prêmios – àqueles que desejassem colaborar com a autoridade.

Por outro lado, também não se pode conceder benefícios tão significativos aos retardatários na colaboração com Estado (Compromissários dos TCCs) que retirem do primeiro agente (Signatário do Acordo de Leniência) o interesse de colaborar com a Autoridade de Defesa da Concorrência, sob o risco de o Programa de Leniência deixar de ser atrativo e, conseqüentemente o Estado passar a sancionar ainda menos esse ilícito que provoca tantos malefícios.

Ou seja, a tarefa aqui proposta é árdua, pois deve sopesar, de um lado, a criação de benefícios para o segundo colocado, de modo a incrementar o poder investigatório da autoridade e, de outro, não criar benefícios que desestimulem a corrida para o Acordo de Leniência e criem um cenário de esperar para ver “quando” e “se” a autoridade tomará conhecimento da prática ilícita.

Nesse contexto, entende-se que o primeiro ponto importante a ser previsto em uma futura legislação, *lege ferenda*, é que, uma vez manifestado o interesse da pessoa física em celebrar um TCC em uma investigação de prática colusiva, deveria ser facultada ao potencial Compromissário a oportunidade automática de se negociar com o Ministério Público um eventual acordo de Colaboração Premiada. Ou seja, a propositura de um TCC abriria uma porta ao potencial Compromissário de realizar uma negociação penal com o *parquet*. Nesse contexto, o relato produzido pelo Compromissário serviria para munir, também, o Ministério Público, seja para realizar a Denúncia, seja para robustecer eventual investigação em andamento.

Ademais, como forma de se garantir certo grau de previsibilidade e segurança jurídica ao Compromissário, e considerando a experiência exitosa na gradação dos descontos de TCC, previstos no art. 186 do Regimento Interno do CADE, esses percentuais poderiam ser utilizados como balizadores de eventual redução da pena esperada para o Compromissário.

Assim sendo, poderia ser utilizado, como paralelismo, o redutor de sanção previsto no ordenamento antitruste como parâmetro para a redução penal. Desta feita, a redução mínima da pena deverá corresponder ao máximo do desconto previsto no Regimento Interno do CADE, a depender da posição do *marker* detido pelo Compromissário. Significa dizer, portanto, que para o primeiro Compromissário de TCC, o mínimo de redução da pena deverá corresponder a 50% (cinquenta por cento) da pena máxima aplicável, ao passo que o segundo deverá corresponder a 40% (quarenta por cento) e os demais a 25% (vinte e cinco por cento) de redução da pena máxima aplicável.

A alteração legislativa, nesse contexto, poderia, inclusive, prever que a redução da sanção seria prevista no momento de eventual dosimetria da pena, garantindo-se assim previsibilidade e a segurança jurídica aos eventuais colaboradores. Além disso, a redução no momento da dosimetria da pena pode servir para encorajar eventuais agentes a colaborar com a autoridade, tendo em vista a existência de ação penal em curso.

Imagina-se que este redutor, para além de não desestimular a corrida para a celebração do Acordo de Leniência, tendo em vista que ainda poderá vir a ser imposta pena restritiva aos praticantes da conduta, poderia servir como elemento central para possibilitar que “retardatários” tenham interesse em negociar com a autoridade de defesa da concorrência, evitando-se assim uma postura beligerante, colaborando com a investigação e facilitando, assim, o ressarcimento dos danos causados.

É importante frisar que o redutor a ser previsto na legislação em relação à pena deverá ser mínimo. Isso possibilita ao Ministério Público conceda um maior benefício a depender do grau de colaboração do executivo, que pode inclusive indicar outros

crimes praticados. Assim, por exemplo, caso o Compromissário de um TCC venha a celebrar uma Leniência Plus com a autoridade de defesa da concorrência e o Ministério Público, o benefício concedido poderia, em ambos os casos, corresponder a uma imunidade penal, ainda que o colaborador não fosse o primeiro a celebrar o Acordo de Leniência em ambos os casos.

Uma outra situação em que o benefício proposto poderia ser maior refere-se aos casos em que a colaboração é tão significativa que permite identificar novos executivos, empresas, ou, ainda, a detecção de outros crimes, situação em que o benefício penal também poderá ser majorado a depender da contribuição proposta pelo Compromissário.

A concessão desses benefícios penais, portanto, abre espaço para uma maior colaboração das pessoas físicas, permitindo que estas apresentem todos os meandros da prática ilícita, o que poderá desmascarar outros ilícitos e outros coparticipantes, além de estimular que as pessoas físicas colaborem em mais de um caso e, não somente, naqueles em que obtiverem um *marker* de Leniência.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou verificar, a partir da utilização da Teoria dos Jogos, se o Programa de Leniência Antitruste atualmente previsto na Lei nº 12.529/2011 especificamente no que se refere aos acordos de TCC, criam incentivos positivos para que pessoas físicas busquem a autoridade para colaborar na investigação. Além disso, buscou-se verificar quais os eventuais ajustes que poderiam ser feitos neste tipo de acordo para torna-los mais atrativos e dissuadir a prática do crime de cartel.

Ocorre que, conforme apontado acima, para se ter uma maior efetividade desses programas, parece ser necessário que haja, de um lado, a criação de uma legislação que preveja algum tipo de prêmio, na seara penal, os Compromissários de Termos de Compromissos de Cessação e, por outro lado, uma atuação mais efetiva do Ministério Público na apresentação de denúncias por cartel. A conjugação destes esforços permitirá, em um primeiro momento, que o CADE consiga angariar mais provas em

relação ao ilícito, podendo desmascarar outros participantes e aplicar sanções severas àqueles que optarem por não negociar com a autoridade, ainda que tenha que conceder um desconto ao Compromissário, que terá interesse em colaborar visto que, além do benefício na esfera administrativa, terá maior segurança jurídica em relação à confissão administrativa feita. Em um segundo momento, a atuação mais efetiva do Ministério Público criará um efeito dissuasório futuro neste ilícito, haja vista que a sanção penal é a principal fonte de preocupação do indivíduo.

Conforme apresentado, os agentes aptos a participar de carteis são agentes economicamente racionais que estão em posição de primazia na empresa. A atuação destes executivos se dá de maneira racional, de modo que o processo de tomada de decisão destes agentes buscará maximizar o seu bem estar. Conseqüentemente ao tomar uma determinada decisão, o agente buscará realizar o que se denomina de Escolha Dominante, a partir do que ele imagina que serão as escolhas dos demais.

Nesse contexto, antes de ingressar em eventual prática ilícita, o agente sopesará os riscos de a prática vir a ser detectada pela autoridade de defesa da concorrência, ou pelo Ministério Público – capacidade de detecção – qual a sanção que lhe seria aplicável – sanção esperada – e, também, como tem sido a atuação das autoridades na persecução destes ilícitos – punição aplicável. Ou seja, a escolha por praticar, ou não um ilícito, para agentes racionais, perpassa por estes três elementos. Caso um destes três pilares não esteja sendo efetivamente realizado, o crime poderá ser algo que compensa, haja vista a grande dificuldade de detecção pela autoridade. Significa dizer, portanto, para que haja a dissuasão dessa prática tão nefasta ao mercado, a autoridade antitruste e, especialmente, o Ministério Público, precisam estar equipados com instrumentos que criem incentivos para que os agentes tenham interesse em reportar a prática ilícita ao Estado. Assim, os Acordos de Leniência apresentam uma função vital no combate a essa modalidade de crime organizado.

Ciente de que a manutenção do cartel é uma prática extremamente lucrativa, para que haja a traição dos comparsas e a exposição dos fatos e documentos ao CADE, torna-se necessário que o indivíduo tenha grandes benefícios para negociar com a autoridade.

Caso contrário, esse permanecerá na conduta ilícita, haja vista ser uma prática de difícil detecção pelos órgãos de controle e extremamente rentável.

Assim, com o objetivo de criar um ambiente que estimule a celebração destes acordos, a Teoria dos Jogos apresenta o modelo denominado de Dilema do Prisioneiro. Este busca criar situações onde o agente praticante do ilícito, em virtude da assimetria de informação detida em relação à tomada de decisão dos demais, passe a questionar qual será a jogada praticada pelos demais participantes do conluio, criando assim um elemento de desestabilização na conduta, o que faz com que este opte por buscar o Estado e reportar a conduta ilícita para obtenção dos benefícios previstos na Legislação. Assim, com esse elemento desestabilizador, especialmente quando se verifica que cartéis são instáveis, cria-se um cenário em que o Acordo de Leniência passa a ser uma opção que é atrativa para o praticante do ilícito.

Entretanto, a despeito da importância do Acordo de Leniência para a detecção destes crimes, não pode a autoridade ficar refém do seu Programa de Leniência para iniciar suas investigações, ou obter provas suficientes para condenar os demais participantes. Isso porque, caso a autoridade passe a depender, única e exclusivamente, de Acordos de Leniências para iniciar suas investigações – sem detectar estes ilícitos a partir de investigações independentes – os agentes praticantes do ilícito, que são seres racionais, verão a deficiência da SG em conduzir investigações independentes e deixarão de ter incentivos para trair seus comparsas e negociar com a agência antitruste. Nesse mesmo caminho, caso a autoridade necessite, a todo custo, de acordos ao longo da instrução processual para condenar outros participantes, os agentes deixarão de realizar Termos de Compromissos de Cessação com a autoridade.

Uma vez que tenha detectado a prática ilícita – seja por intermédio de um acordo, seja por intermédio de uma investigação própria – as autoridades devem atuar de maneira efetiva com o objetivo de sancionar os seus praticantes com todo rigor que a legislação antitruste permite. A aplicação de sanções pecuniárias elevadas, atreladas a outras sanções acessórias, tem como objetivo de criar elementos dissuasórios da prática ilícita. Nesse cenário, mostra-se crucial que o Ministério Público intensifique seus esforços no sentido de punir, com pena restritiva de liberdade, as pessoas físicas

praticantes deste ilícito. Como já demonstrado, a imposição de penas restritivas de liberdade às pessoas físicas, especialmente o encarceramento, apresenta-se como o principal elemento dissuasório da prática de cartel para estes executivos. Caso a pena restritiva de liberdade não seja imposta aos executivos e a sanção seja, única e exclusivamente, pecuniária, com base na Lei 12.529/2011, estaremos diante de uma conduta ilícita que vale a pena.

Para além de as sanções administrativas previstas na Lei Antitruste se mostrarem, em regra, insuficientes para a dissuasão deste tipo de crime, haja vista que os sobrepreços praticados são significativos e se perpetuam, em muitos casos, por décadas, tem-se que as empresas representadas, em muitos casos, acabam por adimplir com as multas dos executivos, o que faz com que estes não tenham que desembolsar grandes valores em multas. Com isso, é louvável que a Lei 12.529/2011 tenha recrudescido as sanções penais e, conseqüentemente, imposto a pena restritiva de liberdade como uma obrigação e não como uma alternativa à aplicação de multa.

A aplicação de penas restritiva de liberdade, atrelada a um efetivo Programa de Leniência, em que há imunidade penal e administrativa, faz com que a escolha do indivíduo seja de trair os seus comparsas e reportar a conduta ilícita ao Estado. Para isso, é necessário que as autoridades estejam aparelhadas e estruturadas com um sistema de acordos que sejam capazes de atrair os indivíduos para reportar os meandros do ilícito e seja possível, a partir daí, punir os demais agentes e impedir a manutenção da prática delitiva.

Como apresentado, para que um Programa de Leniência seja efetivo esse deve levar em consideração alguns pilares relevantes para a sua estruturação. O primeiro aspecto crucial para que estes acordos se mostrem atrativos é que haja segurança jurídica e transparência para aquele que optar por negociar com a autoridade. Nada pode ser tão prejudicial, e comprometer tanto a credibilidade destes programas, como eventuais descumprimentos das suas condições pela autoridade. Deve ser garantida, nesse contexto, a previsibilidade de que os acordos serão cumpridos, quanto ao gozo das vantagens previstas, pois ausente a segurança jurídica, o praticante da conduta não optará por delatá-la às autoridades. Tanto é assim que o Programa de Leniência Norte

Americano só veio a se desenvolver de maneira efetiva após a criação de mecanismos que garantiam maior segurança jurídica aos interessados em colaborar.

Um segundo ponto muito importante para o desenvolvimento destes programas é que seja garantido o Sigilo nas Negociações, o qual deve ser estendido ao longo de todo o Processo Administrativo. Nesse contexto, garantir o sigilo das comunicações entre os potenciais colaboradores e a autoridade, bem como dos documentos que foram trocados e fornecidos, mostra-se crucial para o desenvolvimento destes acordos. Tal fato se mostra ainda mais relevante em um país em que a cultura por delatar ainda se mostra talhada de uma conotação negativa, pois aquele que relata a prática é visto com desconfiança pelos pares.

Um terceiro aspecto extremamente relevante é que as penas aplicadas aos demais praticantes do ilícito devem ser efetivas e significativas. Para além de criar um elemento dissuasório e impedir que outras empresas também pratiquem essa conduta com medo da sanção potencialmente aplicável, a aplicação de penas significativas aos demais membros é relevante para o desenvolvimento destes acordos. Isso porque, caso as penas não sejam efetivas, os agentes que são racionais, deixarão de ter incentivos para expor a prática e se manterão colhendo os frutos deste ilícito rentável. Deve haver, assim, um receio de sanções severas para aqueles que optarem por permanecer inertes e não colaborarem com as autoridades.

Com esse receio de punições severas, tanto em âmbito administrativo, quanto em âmbito criminal, cria-se um receio para os executivos e, conseqüentemente, o que se convencionou chamar de "corrida para delação". Estabelecer essa corrida é algo essencial para o desenvolvimento destes programas, sendo um quarto elemento a ser considerado quando da confecção destes acordos. Assim, ao impor sanções severas aos demais e conceder imunidade àqueles que forem o primeiro a relatar a prática, ou menores penas aos demais que também colaborarem com o Estado, serão criados incentivos positivos para que os agentes busquem os órgãos de controle para obtenção de acordos e dos benefícios previstos na Lei. A criação dessa corrida aumenta as incertezas existentes entre os participantes do cartel, que é naturalmente instável, e faz

com que estes tenham desconfiança dos seus pares e, em certos casos, optem por colaborar.

Por fim, um último aspecto diz respeito à criação da Regra de Ouro destes acordos, consistente no fato de o colaborador sair da negociação em um ambiente melhor do que quando nela ingressou. Para tanto, o colaborador precisa ter segurança jurídica de que o que fora relatado não sirva de subsídios para imposição de penas ainda mais severas em outras instâncias de controle, devendo-se levar em consideração o aspecto moral dos agentes e garantir-lhes que a escolha por trair seus comparsas, alterar o modus operandi e buscar uma nova moral é algo positivo e que será recompensado pelo Estado e sociedade. Significa dizer que, ao se permitir que o indivíduo opte que por delatar se veja livre do fardo dos crimes passados, o Estado deve criar um cenário no qual ele próprio também virará a página dos ilícitos cometidos por aquele que lhe possibilitou a investigação.

Especificamente no que se refere ao Programa de Leniência Antitruste, este está aparelhado com dois tipos de acordos, quais sejam o Acordo de Leniência e o Termo de Compromisso de Cessação. No que diz respeito ao primeiro, esse deve vir a ser celebrado antes de o CADE tomar conhecimento do cartel e, caso celebrado, pode se traduzir em uma imunidade em âmbito penal e administrativo, sendo o seu sucesso inegável. Por sua vez, no que diz respeito ao Termo de Compromisso de Cessação, esse só pode ser celebrado após a instauração de um Processo Administrativo pela autoridade. Ou seja, o CADE já tem conhecimento da conduta ilícita praticada, mas opta, por seu exclusivo critério de conveniência e oportunidade, em celebrar um acordo com um dos participantes da conduta para robustecer a sua investigação e, em muitos casos, tomar conhecimento de outros agentes que também praticaram o ilícito.

Esses acordos, em se tratando de práticas colusivas, devem prever o recolhimento de contribuição pecuniária ao Fundo de Direitos Difusos e, também, importar no reconhecimento da prática ilícita pelo Compromissário, o que se denomina de “confissão administrativa”. É justamente aqui que reside toda a problemática destes acordos. Isso porque, o indivíduo que optar por colaborar com a autoridade de defesa da concorrência precisará relatar, de maneira detalhada e contundente, como se dava a

prática ilícita e reconhecer que a praticou, isto é, foi um dos responsáveis pela realização desta conduta que é penalmente tipificável. Ocorre que as condutas narradas nestes casos são, também, penalmente sancionáveis, sendo que em alguns casos podem importar em penas máximas de 12 (doze) anos.

Ou seja, estamos diante de um ilícito que é punido tanto na esfera penal, quanto administrativa. Esse modelo multifacetado de punições cria um cenário em que, em determinados ilícitos, 5 (cinco) sejam as autoridades competentes para apurar, processar e sancionar os indivíduos. Esse cenário decorrente do sistema bifurcado de punições existentes no Brasil e tem o condão de desestimular a celebração de acordos, pois a premissa de sair de uma negociação "melhor do que entrou" talvez não seja verificável. Isso porque, eventualmente, os fatos narrados pelo indivíduo poderão, em outro momento, serem utilizados contra ele, em, por exemplo, eventuais ações de improbidade, ações no Tribunal de Contas.

Tal situação já ocorreu, em realidade como exposto ao longo do presente trabalho, tendo o Ministro Gilmar Mendes indicado que deve existir um alinhamento institucional entre as autoridades, buscando-se não sancionar aqueles que colaboraram com o Estado em outras esferas. Afinal, para o Executivo, o Estado Sancionador é apenas um, independentemente da onde venha a sanção. A ausência de alinhamento institucional entre as autoridades é algo extremamente pernicioso para agentes que tenham interesse de colaborar com o Estado, visto que serão necessários acordos individualizados e específicos com cada uma das autoridades e, em muitos casos, a situação do executivo ficará pior depois de colaborar com uma autoridade, caso não consiga negociar com as demais. Essa ausência de balcão único para negociação importa em um potencial desacreditamento destes Programas. No caso da autoridade de defesa da concorrência, uma vez que o CADE pode vir a comunicar o Ministério Público da celebração do TCC – como ocorre nos acordos celebrados que sejam de competência do MPF/SP, em vista do Acordo de Cooperação celebrado – faz com que executivos tenham fundado receio de colaborar com a autoridade, visto que sua colaboração poderá servir para instauração de um processo penal contra si, ou, ainda, robustecimento de eventual investigação em andamento.

Ou seja, o potencial Compromissário, agente economicamente racional, sopesará os benefícios e malefícios de reportar essa conduta ao Estado. No caso de pessoas físicas, cujo principal receio é ser eventualmente aprisionada, o modelo atual de TCCs não cria incentivos para a sua celebração, de modo que em diversas oportunidades, eventuais colaboradores deixaram de celebrar acordos com a autoridade com um fundado receio de as suas colaborações robustecer, ou até importar na abertura de ações penais contra eles.

Nesse cenário, o principal ponto que pode vir a ser aprimorado nestes acordos é a previsão de algum tipo de benefício na seara penal para aquele que, mesmo após a instauração do Processo Administrativo, vier a colaborar com o Estado. Considerando que atualmente o RICADE prevê o escalonamento das sanções administrativas, esse talvez seja um bom parâmetro para benefícios na esfera penal. Nesse contexto, o primeiro habilitado ao TCC possuiria um benefício mínimo de 50% (cinquenta por cento) da sanção que lhe seria aplicável, ao passo que o segundo colocado teria um benefício mínimo de 40% (quarenta por cento) do que lhe seria aplicável.

A criação destes mecanismos aumentaria a segurança jurídica e permitiria que o colaborador tenha a capacidade de negociar junto às demais autoridades de controle, robustecendo as investigações e aumentando os detalhes e informações detidas pelas autoridades para sancionar os demais praticantes do conluio de maneira efetiva, bem como, porventura, descobrir outros participantes do ilícito.

Isso porque, o indivíduo se preocupa, prioritariamente, como exposto, com a potencial pena carcerária, de modo que ao escolher ser o segundo lugar da confessar a prática, pode optar por não fazê-lo. Possibilitar que indivíduos negociem a redução da sua pena, junto ao *parquet*, poderá criar uma desestabilização ainda maior no Dilema do Prisioneiro¹⁴⁰. Nesse cenário, inclusive, executivos podem se sentir atraído a

¹⁴⁰ Segundo LESLIE (2006, P. 468): If all confessions are treated the same, each player can take a wait-and-see approach. (...) By rewarding the first confessors with amnesty, the amnesty program reduces the wisdom of the wait-and-see strategy for cartel members. (...) Although the most significant component of the written leniency policy is amnesty for the first confessor, antitrust authorities have wisely applied the policy so that each subsequent confessor receives a reduction in criminal fines. (...) Descending discounts are necessary in order to make confession rational in a wider range of circumstances. If only

colaborar com a autoridade, mesmo sem a participação das empresas. Não se defende uma isenção total para aquele que esperar para delatar, pois isso poderia criar uma situação de "wait to see", mas sim uma potencial redução na pena e, também, a potencial negociação de outros crimes que venham a ser imputados¹⁴¹.

Ocorre que, atrelado a isso, e conforme se verificou empiricamente das ações penais oriundas da Lava Jato, que deve haver uma atuação mais efetiva do Ministério Público no combate a essa modalidade de crime organizado. O que se verificou é que, dos 16 (dezesesseis) Processos Administrativos em curso perante o CADE, todos eles obtidos a partir de Acordos de Leniência, conseqüentemente com a participação do Ministério Público, só houve denúncias por cartel em 8 (oito) destes processos. Em 4 (quatro) deles não houve qualquer denúncia utilizando o substrato fático apresentado pelos Signatários dos acordos e em outros 4 (quatro), apesar de a conduta de cartel servir para explicar a organização criminosa e os demais ilícitos praticados, não houve denúncia por este crime.

A ausência de denúncia faz com que a conduta de cartel seja algo que compense para os seus praticantes, devendo haver maior rigor e punição para aqueles que praticaram este ilícito. Deve haver um recrudescimento na capacidade de detecção e aplicação de sanções efetivas para os praticantes do ilícito.

Por sua vez, aqueles que desejarem colaborar com a autoridade devem ter mecanismos para se verem expurgados dos seus crimes passados e ter a capacidade de

the first confessor were to receive any leniency, then there would clearly be no prisoner's dilemma. As soon as one member of the cartel confessed, then no other rational firm in the cartel would confess. (...) In sum, if only the first firm gets a deal, then this creates a high incentive not to confess whenever a firm fears that another cartel member has already confessed. In any case, if all confessions did not receive some reward compared to non-confession, then confession would not be a dominant strategy and thus there would be no prisoner's dilemma.

¹⁴¹ Sobre este ponto, relevante é o posicionamento da 5ª CCR: Percebe-se, pois, que a negociação sobre as penas ou sanções aplicáveis (seja em quantidade, seja em extensão), para aquele que se dispõe a revelar delitos ao Estado, há de considerar e contemplar, sob o crivo da razoabilidade e proporcionalidade, todas as conseqüências possíveis da prática infracionária, garantindo-se, por outro lado, ao agente colaborador (mas, evidentemente, não aos demais infratores por ele delatados), a interdição da atuação, tornada desnecessária, das demais instâncias do direito sancionador. Esta solução, fundada na recompreensão da autonomia e interação entre as esferas de responsabilização no paradigma consensual e negocial, é a que mais se amolda aos vetores da confiança, da boa-fé e da expectativa legítima, vigentes no ordenamento pátrio, bem como ao caráter instrumental da sanção e à suficiência de sua aplicação necessária e útil, desde que proporcional. (BRASIL, 2017, P. 48 e 49).

iniciar uma nova vida, mediante uma nova moral. Afinal, para o indivíduo, não importa qual foi o ente público que o sancionou, mas sim de onde sai a multa e a pena a ser cumprida: de si.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Augusto Jobim. E GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Revista brasileira de ciências criminais, Nº. 128, 2018
- A. POSNER, Antitrust Law. 2d ed. 2001
- ALAN, José Alexandre da Silva Zachia. Novos aspectos relacionados com a leniência e a corrupção. Uma abordagem na perspectiva da Teoria dos Jogos. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 275, p. 189-222, maio/ago. 2017
- ALLAIN, Mariu-Laure, BOYER Marcel, PONSSARD, Jean-Pierre. The determination of optimal fines in cartel cases: Theory and practice. Law & Economics | Concurrences nº 4-2011. P. 32-40
- ANDRADE, Diogo Thomson. A Lei 12.529/2011 e o combate a carteis no Brasil: Avanços e Perspectivas, em: A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência. Organizador: Vinícius Marques de Carvalho. São Paulo, Singular, 2015.
- ATHAYDE, Amanda e GRANDIS, Rodrigo. Programa de Leniência antitruste e repercursões criminais: desafios e oportunidades recentes, em: A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência. Organizador: Vinícius Marques de Carvalho. São Paulo, Singular, 2015.
- ATHAYDE, Amanda. Manual dos Acordos de Leniência no Brasil. Teoria e Prática. Editora Forum. 2019.
- ÁVILA, Thiago de Carvalho Pacheco. Investigação criminal: o controle externo de direção mediada pelo Ministério Público. Curitiba: Juruá. 2016,
- BAILEY, David; WHISH, Richard. Competition law, 7th edition. London: Oxford University Press, 2011, p. 282
- BARNETT, THOMAS O. Seven steps to better cartel enforcement. 11th Annual Competition Law & Policy Workshop European Union Institute.

Florence, Italy. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/speech/seven-steps-better-cartel-enforcement>

- BEATON-WELL, Caron e HAINES, Fiona. Making Cartel Conduct Criminal: A Case-Study of Ambiguity in Controlling Business Behaviour. Australian and New Zealand Journal of Criminology, Volume 42, Issue 2, 2009
- BEATON-WELLS, Caron. Leniency Policies: Revolution or Religion. P.17-34. BEATON-WELLS, Carol and TRAN, Christopher. Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age. Editora Bloomsbury. 2015
- BOLDT, Raphael. Delação premiada: o dilema ético. Jus Navigandi, ano 9, n. 783, 25 de agosto de 2005.
- BRAGA, Tereza Cristine Almeida. Combate à Carteis e Remédios Antitruste: O poder público e a arquitetura de incentivos e desincentivos na concorrência. 2018. Universidade de Brasília.
- BRASIL. Acordo de Cooperação Técnica nº 1/2020 celebrado entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o Ministério Público Federal
- BRASIL. Memorando de Entendimentos nº 1/2016 celebrado entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o Grupo de Combate a Carteis da Procuradoria da República em São Paulo.
- BRASIL. Ministério Público Federal. Estudo Técnico nº 01/2017 - 5ª CCR. Brasília: set. 2017. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/grupos-de-trabalho/comissao-leniencia-colaboracao-premiada/docs/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf>. Acesso 10 de setembro de 2019
- BRASIL. STF. 1ª Turma. Habeas corpus 68.242. Relator: Ministro Celso de Mello. 6 nov. 1990, unânime. Diário da Justiça, 15 mar. 1991, p. 2.648.
- Brasil. STF. MS 35.435, 36.173, 36.496 e 36.526. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 27 de maio de 2020.
- BUCCIROSSI, Paolo e SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency policies and illegal transactions. Journal of Public Economics 90 (2006) 1281–1297
- CHANG, Myong-Hun; Harrington, Joseph E. (2008) : The impact of a corporate leniency program on antitrust enforcement and cartelization,

Working Paper, No. 548,
The Johns Hopkins University, Department of Economics, Baltimore, MD

- CONNOR, John M. e LANDE, Robert H. Cartel as rational business strategy: new data demonstrates that crime pays. *VI. 34* (2012), 10.2139/ssrn.1917657 P. 1-63
- CONNOR, John M., FOER, Albert A. e UDWIN, Simchua. Criminalizing Cartels: An American Perspective. *New Journal of European Criminal Law. Vol 1. Issue 2, 2010. P. 199 - 217*
- Connor, John M., Optimal Deterrence and Private International Cartels (April 9, 2006). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1103598> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1103598>
- COUTINHO, Jacinto N. M.; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. *Revista de Estudos Criminais, São Paulo, ano VI, n. 22, p. 75-84, abr./jun. 2006.*
- DA SILVA, Eduardo Araújo. Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12850/13
- DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa. The Innocent Defendant's Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining's Innocence Problem. *Journal of Criminal Law and Criminology, v. 103, n. 1, p. 01-48, mai./2012.*
- DIXON, Megan, KATE, Ethan e MCDAVID, Janet. Too much of a good thing? Is heavy reliance on leniency eroding cartel enforcement in the United States? *CPI Antitrust Chronicle. 2014*
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal. São Paulo: RT, 2005*
- FERRO PEREIRA, Flávio Cardoso. GAZZOLA, Gustavo dos Reis. *Criminalidade Organizada, comentários à Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013. Curitiba: Ed. Juruá, 2014.*
- FUNDENBERG, Drew and TIROLE, Jean. *Game Theory. Massachusetts Institute of Technology. 1991.*

- GADAMER, Hans-Georg. A atualidade do belo. A arte como jogo, símbolo e festa. Trad. Celeste Aida Galeão, Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, 1985
- GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 4.ed. Petrópolis, 2002. (GADAMER, 2002, p. 415-416)
- GIACOMOLLI, Nereu José. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. ISSN eletrônico 2175-0491, Doi: 10.14210/nej.v20n3.p1108-1134. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 20 - n. 3 - set-dez 2015.
- GINSBURG, Douglas H. e WRIGHT, Joshua D. Antitrust Sanctions. Competition Policy International, Vol. 6, No. 2, pp. 3-39, 2010. Disponível em:http://ssrn.com/abstract_id=1705701
- GUNSTER, Andrea et al. Do cartels undermine economic efficiency? American Economic Association Working Paper. 2011
- HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.
- HAMMOND, Scott D. Cornerstones of an Effective Leniency Program. Chile: Santiago, 9 set. 2009. Apresentado por ocasião do “Chilean Competition Day”.
- ICN, Drafting and implementing an effective leniency policy. In: Anti-cartel enforcement manual: cartel enforcement. May 2007. Disponível em: http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/publicacoes-relacionadas-a-acordo-de-leniencia/2009_-icn-anti-cartel-enforcement-manual_drafting-and-implementing-an-effective-leniency-program.pdf, p.3
- ICN, Good Practices for incentivising leniency applications. (2019) 1-77. Disponível em: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2019/05/CWG-Good-practices-for-incentivising-leniency.pdf>
- ICN. Checklist for Efficient and Effective Leniency Programmes. 2017. P. 1 a 6

- IMTHIYAZ, Nishath. Critically assess the role of fines and criminal sanctions in EU cartel control
- International Antitrust Issues: Hearing Before the Antitrust Modernization Commission, 3 (Feb. 15, 2006) (statement of Gerald F. Masoudi), available at http://www.amc.gov/commission_hearings/pdf/Statement_Masoudi.pdf.
- International Competition Network. Good Practices for incentivising leniency applications. 2019. P. 1-77
- JENNY, Frederic. in *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age. Leniency Religion*. Organização BEATON-WELLS, Caron and TRAN, Christopher. Editora Bloombury. 2015
- LANGER, Maximo. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms, and the global administratization of criminal convictions. *Annual Review of Criminology*, 2019.
- LESLIE Christopher L. Trust, Distrust and Antitrust. *Texas Law Review*. V. 82, Number 3. 2004, P. 517-680
- LESLIE, Christopher. Antitrust amnesty, game theory, and cartel stability. *Journal of Corporation Law*, v. 31, 2006, p. 453-488. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=924376>>.
- LIANOS, I., Jenny, F., Wagner von Papp, F., Motchenkova E., David, E. et al (2014) *An Optimal and Just Financial Penalties System for Infringements of Competition Law: a Comparative Analysis* (CLES Research paper series 3/2014, UCL Faculty of Laws: London).
- LORENZ Moritz. *An introduction to EU Competition Law*. Cambridge University Press. 2013.
- LUZ, Reinaldo Diogo & SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency, collusion, corruption, and whistleblowing. *Journal of Competition Law and Economics*, 2017).
- MACEDO, Alexandre Cordeiro; SANT'ANA, Raquel Mazzuco. Balcão Único Para Negociação de Acordos de Leniência no Brasil. *SSRN Electronic Journal*, v. 23529, p. 1– 36, 2019

- MARINHO, Raul. *Prática na Teoria: aplicações da Teoria dos Jogos e da evolução aos negócios*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo Brasileiro*, v.2, n.2, 2015, p. 526. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/download/99195/98582>
- MARTINEZ, Ana Paula e CORDOVIL, Leonor. *Política de Leniência - Avanços recentes e Perspectivas*, em: *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. Organizador: Vinícius Marques de Carvalho. São Paulo, Singular, 2015.
- MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a carteis: a interação entre Direito Administrativo e Direito Penal*. Editora Singular. 2013
- MARVÃO, Catarina. *The EU Leniency Programme and Recidivism*. Springer Science+Business Media New York (2015). 1-27.
- Memorandum from U.S. Dep't of Justice Guidelines for Sentencing Recommendations in Felony Cases Under the Sherman Act (Feb. 24, 1977)
- MENDONÇA, Andrey Borges. *A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado*.
- Miller, Nathan H. Strategic leniency and cartel enforcement. *American Economic Review*, v. 99, nº 3, P. 750 e ss, 2009).
- MOTTA, Lucas Grieleber. Acesso a informações e provas relacionadas a acordos de leniência no âmbito de ações indenizatórias privadas à luz do Recurso Especial nº 1.554;986: uma ameaça aos carteis ou ao Programa de Leniência brasileiro? Em *Revista de Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. Volume 22. Número 2. 2016, P. 219 - 238.
- OCDE. *Criminalisation of cartels and bid rigging conspiracies: a focus on custodial sentences*. 2020, P.1-60, In OCDE, Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2020)1/en/pdf)
- OCDE. *Fighting hard core cartels, harm, effective sanctions and leniency programmes*. Paris: OCDE, 2002.

- OCDE. Recent challenges for cartel combate: Chile's new leniency programme. In Latin American Competition Forum. 2009
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2014. Atualizações sobre a Lei 12.850/2013. Disponível em: <http://zip.net/bnspWh> ou <http://eugeniopacelli.com.br/atualiza-coes/curso-de-processo-penal-17a-edicao>. Acesso em: 22 ago. 2016.
- OLIVEIRA JÚNIOR, M. DE; LUIS, A. S. O. Remédios Estruturais em Casos de Cartéis: Análise Funcional e Fundamentos Econômicos para sua Aplicação. In: A Lei 12.529/11 e a Nova Política de Defesa da Concorrência. São Paulo: Singular, 2015.
- OLIVEIRA, Rafael Serra. Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal. São Paulo: Almedina, 2015.
- PIETROSKI. Rogério Burkot, A Inconstitucionalidade do artigo 4º, §§ 2º E 6º, da Lei 12.850/2013. In Revista da Escola da Magistratura do Paraná, 2016.
- PINDYCK, Robert e RUBINFELD, Daniel. Microeconomia. 8a Edição. Editora Pearson, 2013
- PINHA, Lucas Campio. Qual a contribuição da Teoria dos Jogos para os Programas de Leniência? Uma análise aplicada ao contexto brasileiro. In: Revista de defesa da concorrência. Vol. 6. 2018. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/download/361/194>
- R Whish, Competition Law, 6th ed, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- ROSA, Alexandre Morais DA. Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos. 5a Edição. Editora EMAIS. 2020
- ROSENBERG, Barbara e EXPOSTO, Marcos. Criminalisation of Cartels and the Application of Imprisonment Penalties: Notes on the Challenges for Corporate and Individual Defendants. (2020) Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/criminalisation-of-cartels-and-bid-rigging-conspiracies.htm>
- ROSENBERG, Barbara. Barbara Rosenberg talks about criminalisation of cartels and bid rigging conspiracies. OECD. (2020). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=4bQGyTf5wZg&feature=youtu.be>

- RUFINO, Victor Santos e SCHERTEL, Francisco. Evolução das normas sobre TCCs em carteis após a Lei 12.529/2011, em: A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência. Organizador: Vinícius Marques de Carvalho. São Paulo, Singular, 2015. P. 425-435
- RUFINO, Victor Santos. Análise da conformação normativa do Programa de Leniência Brasileiro à luz da Teoria dos Jogos. Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 1, n. 1, p. 47-64, maio 2015.
- RUFINO, Victor Santos. Os Fundamentos da Delação: Análise do Programa de Leniência do Cade à Luz da Teoria dos Jogos. 2016. Universidade de Brasília.
- SHAFFER, Gregory e NESBITT, Nathaniel H. Criminalizing Cartels: A global trend? 2011. P. 1-37. SSRN 1865971
- SILVA, Lucas Freire. Simulação de efeitos de um choque na tecnologia de detecção de carteis: subsídios para a política antitruste brasileira. 2016. 95 f., il. Dissertação (Mestrado em Economia do Setor Público)—Universidade de Brasília, Brasília, 2016.
- SILVEIRA, Paulo Burnier. FERNANDES, Victor Oliveira. The Car Wash Operation in Brazil: Challenges and Perspectives in the Fight Against Bid Rigging. In.: Global Competition Enforcement: New Players, New Challenges. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2019, p. 130
- SPAGNOLO, Giancarlo. Divide et Impera: Optimal Leniency Programs. Suécia: Stocolmo, 12 de janeiro de 2005. Stockholm School of Economics Consio Spa, and C.E.P.R.
- SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency and Whistleblowers in Antitrust. In BUCCIROSSI, Paolo. Handbook of Antitrust Economics. Mit Press. P.282 - 328, (2008).
- STEPHAN, Andreas. Hear no Evil, See no Evil: Why Antitrust Compliance Programmes may be Ineffective at Preventing Cartels. CCP Working Paper 09-09, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1432340>
- STUCKE, Maurice E. Morality and Antitrust, P. 444 a 544 (2006)

- SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; FILHO, Dermeval Farias Gomes. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n.1, 2016 p.377-396
- THÉPOT, Florence. Leniency and Individual Liability: Opening the Black Box of the Cartel. In *The Competition Law Review*. 2015
- TOJAL, Sebastião Botto de Barros e TAMASAUSKAS, Igor Sant'anna. "A leniência anticorrupção: primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para o instituto.". In: *Colaboração Premiada*, 2018.
- WERDEN, Gregory J., HAMMOND, Scott D., BARNETT, Belinda A. Deterrence and Detection of Cartels: Using all the tools and Sanctions. 2012. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/518936/download>
- WHELAN, Peter. Beyond The Theoretical: Articulating Enforcement Strategies For Successful European Antitrust Criminalization. *Antitrust Law Journal*. Vol. 81. 2016 P. 235 - 270
- WILS, Wouter P. J., Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?. *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 28, No. 2, June 2005; "Remedies and Sanctions in Competing Policy: Economic And Legal Implications of the Tendency to Criminalize Antitrust Enforcement in the EU Member States", K. J. Cseres, M. P. Schinkel, & F.O.W. Vogelaar, eds., Edward Elgar, 2005, 28-36
- WILS, Wouter P. J., Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice. *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 30, No. 1, March 2007, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=939399>