

Análise da conformação normativa do Programa de Leniência Brasileiro à luz da Teoria dos Jogos
Analysis of Brazil's Leniency Program Regulation in light of Game Theory

Submetido(submitted): 22/12/2014

Parecer(revised): 14/01/2015

Aceito(accepted): 13/02/2015

Victor Santos Rufino *

Resumo

Propósito – Avaliar, à luz de prescrições da teoria dos jogos codificadas no dilema do prisioneiro, se o regulamento do Programa de Leniência Brasileiro é coerente com a intenção de obter um maior número de confissões.

Metodologia/abordagem/design – A abordagem do artigo consistiu em fazer uma análise crítica da literatura sobre o tema, estabelecer as principais recomendações para um desenho de programa de leniência que incremente o número de confissões e comparar cada recomendação com o programa brasileiro para verificar se elas estão nele incorporadas.

Resultados – Foi verificado que o Programa de Leniência Brasileiro possui alto grau de aderência com recomendações básicas da teoria dos jogos.

Implicações práticas – As conclusões alcançadas abrem caminho para uma possível segunda avaliação, voltada a avaliar os resultados empíricos da aplicação da prática do programa de leniência na última década e podem servir de referência à regulamentação de programas similares em áreas distintas do direito antitruste.

Originalidade/relevância do texto – O texto é uma tentativa de analisar mais detalhadamente uma ferramenta de investigação que tem sido fundamental para a implementação da política de defesa da concorrência no país, além de ser assemelhada a outros instrumentos recentemente introduzidos na legislação nacional.

Palavras-chave: programa de leniência, teoria dos jogos, dilema do prisioneiro, regulamentação brasileira, aderência.

Abstract

Purpose – This paper purpose is to evaluate, in the light of prescriptions of the Game Theory codified in the prisoner's dilemma, if the regulation of the Brazilian Leniency Program is coherent with the intention of obtaining a greater number of confessions.

Methodology/approach/design – The approach of the article consists in performing a critical analysis of the literature about the aforementioned topic, by establishing recommendations for the design of a program of leniency that increases number of

*Procurador-Chefe do Cade desde janeiro de 2014. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Piauí, é Especialista em Direito Concorrencial pela Fundação Getúlio Vargas. Integra a Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade desde janeiro de 2008, tendo ocupado os cargos de Coordenador do Contencioso e Procurador-Chefe Adjunto. Foi professor de Direito Econômico do curso de graduação do IESB/DF, entre os anos de 2010 e 2013. E-mail: vsrufino@hotmail.com.

confessions. It also compares each recommendation with the Brazilian program in order to verify if they are incorporated in it.

Findings – *It was found that the Brazilian Leniency Program has a high degree of adherence with the basic recommendations of game theory.*

Practical implications – *The article leads to further steps on the evaluation of the empirical results of the practical application of the leniency program in the last decade and may serve as reference to similar regulation programs in other areas besides antitrust.*

Originality/value – *The text is an attempt to analyze more minutely a tool of investigation that has been essential to shield competition in Brazil. Furthermore, findings on this investigative procedure add perspective to similar tools recently introduced in Brazil's legal framework.*

Keywords: leniency program, game theory, prisoner's dilemma, Brazil's regulation, benchmarking.

Introdução

Eventos dramáticos ainda em curso estão a expor ao país, de maneira crua, o potencial que a colaboração de investigados com investigadores pode apresentar para o entendimento e persecução de esquemas criminosos organizados, que envolvem uma multiplicidade de atores.

As sucessivas delações que são relatadas diuturnamente pela mídia na cobertura jornalística da cognominada *operação lava-jato*¹ se dão através de mecanismo jurídico de introdução recentíssima na legislação nacional, especificamente na Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, chamada Lei das Organizações Criminosas.

Através desses depoimentos, normativamente chamados *colaboração premiada*, detalhes do funcionamento interno de esquemas criminosos sofisticados estão sendo conhecidos pelas autoridades e pelo público em geral, e o veículo para tanto tem sido a descrição fornecida por peças-chave do ilícito.

Os delatores, por sua vez, estão se comprometendo a devolver ao Estado quantias vultosas comparadas às que historicamente se recuperou em combate a ilícitos similares, apontando outros corresponsáveis e obtendo em troca relaxamento de condições de punições severas.

A persecução estatal aos demais partícipes do suposto esquema criminoso que não estão cooperando com as investigações segue em passo acelerado para os padrões nacionais.

¹Investigação da polícia federal brasileira sobre esquemas de corrupção na Petrobrás.

Paralelamente, outros órgãos com competências investigatórias distintas para os ilícitos em questão, como a Controladoria-Geral da União (CGU) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), já iniciaram investigações próprias e estão explicitamente negociando *acordos de leniência* com empresas investigadas.

Os acordos de leniência previstos na recente Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013 – não coincidentemente promulgada apenas um dia antes da Lei 12.850/2013 – e na Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, também observam lógica similar à colaboração premiada prevista na Lei 12.850/2013: o investigado coopera com o investigador na identificação do ilícito e seus demais praticantes em troca de benefícios relacionados à isenção ou redução de penalidades potencialmente aplicáveis.

Todos pertencem à antiga linhagem da delação premiada, presente no direito brasileiro, segundo Damásio de Jesus (2005), desde as Ordenações Filipinas, passando pelas Leis 8.072/90 e 9.269/96, § 2º, do art. 24, da Lei 7.492/86, acrescentado pela Lei 9.080/95, parágrafo único do art. 16, da Lei 8.137/90, acrescentado pela Lei 9.080/95, art. 6º, da Lei 9.034/95, § 5º, do art. 1º, da Lei 9.613/98, e § 4º, do art. 159, do Código Penal (BOLDT, 2005, p. 3).

O que os distingue como espécie particular do gênero *delação premiada* são dois fatores: (i) a sua relação comum, expressa na identidade da conformação dos dispositivos legais que os instituem (art. 4º da Lei 12.850/2013, art. 16 da Lei 12.846/2013 e art. 85 da Lei 12.529); (ii) a sua inserção em normas voltadas, fundamentalmente, ao combate de práticas ilícitas de alto grau de sofisticação, cujo benefício pretendido pelos infratores é de natureza eminentemente econômica.

Pode-se convencionar, assim, que a Colaboração Premiada da Lei 12.850/2013 e os Acordos de Leniência da Lei 12.846/2013 e da Lei 12.529/2011, pertencem a uma espécie moderna do gênero *delação premiada* no direito brasileiro.

Subitamente, a arraigada percepção de impunidade existente na sociedade brasileira parece ser questionada em sua base, e ferramentas significativas antes não intensamente exploradas na teoria e na prática jurídica nacional passam a demandar melhor explicação.

Dos três exemplos acima mencionados, o mais antigo – embora ainda assim jovem – é o acordo de leniência, atualmente previsto na Lei 12.529/2011, mas que foi introduzido no Brasil pela Lei 10.149, de 21 de dezembro de 2000, que alterou a atualmente revogada Lei 8.884, de 11 de junho de 1994.

A sua inserção na legislação nacional deu-se paralelamente à disseminação de sua utilização em diversos países, iniciada após a reformulação do programa de leniência do *Department of Justice* (DOJ) dos Estados Unidos da América em 1993 (SPAGNOLO, 2005a, p. 2). Desde esse período, a

quantidade de confissões apresentadas ao governo americano se multiplicou 20 vezes (HAMMOND, 2009, p. 2), encorajando outras jurisdições a também adotarem o instrumento.

Tal movimento visou incrementar a política de combate a cartéis – acordos entre concorrentes amplamente compreendidos como nocivos ao bem estar econômico – através do aumento da capacidade de detecção pelas autoridades investigatórias oriundo de confissões obtidas de participantes (MARTINEZ, 2013, p. 259).

A teoria dos jogos, do matemático ganhador do prêmio Nobel, John Nash, fornece um importante instrumental para a compreensão da estrutura de incentivos existente para que determinado agente racional opte pela decisão de confessar sua participação em um determinado ilícito.

Há diversos trabalhos analisando a influência que a conformação normativa de um Programa de Leniência tem para reforçar a quantidade e a qualidade de confissões de participações em cartéis (HARRINGTON, 2005, p. 1).

O objetivo do presente texto é promover uma análise crítica de trabalhos dessa natureza e comparar em que medida a conformação normativa atual do programa de leniência brasileiro é compatível com este quadro de referência.

Para tanto, este estudo explicará os mecanismos básicos de funcionamento dos cartéis e definirá as principais razões de política pública que justificam a sua persecução. Posteriormente, apresentará o dilema do prisioneiro em sua estrutura clássica, para demonstrar a utilidade da teoria dos jogos para explicar o fenômeno da delação em ilícitos dessa natureza. A partir dessas premissas, serão apresentadas e discutidas as adaptações do professor Christopher Leslie (LESLIE, 2006) ao dilema do prisioneiro especificamente para o problema antitruste e suas recomendações para um programa de leniência que maximize a quantidade de confissões obtidas. Essas recomendações serão cotejadas com o regulamento do programa de leniência brasileiro, para observar sua aderência a elas.

Naturalmente, não serão debatidas aqui válidas e profundas questões relacionadas à dimensão ética da adoção de um programa de leniência ou mesmo a sabedoria de se buscar um maior número de confissões por esse instrumento.

O que se tentará demonstrar é que, de acordo com o objetivo de obter um maior número de confissões e segundo o que é postulado pela teoria dos jogos, o programa de leniência brasileiro largamente se adéqua ao que usualmente é prescrito na literatura internacional sobre o tema, assemelhando-se, neste sentido, a outros programas de leniência de jurisdições antitruste.

O programa de leniência brasileiro está sendo aplicado há mais de uma década, com aproximadamente 40 acordos de leniência já assinados e contando

com regulamentação infralegal, ao contrário das outras duas modernas delações premiadas do direito brasileiro. Assim, sua análise, sob o ângulo da teoria dos jogos, poderá, adicionalmente, fornecer indicações de eventuais desenvolvimentos futuros de outros programas nacionais.

Característica dos Cartéis

Embora eventualmente se afirme que, em determinadas circunstâncias, cartéis podem ser benéficos aos consumidores, é amplo o consenso de que tal ilícito, especialmente quando praticado com alto grau de estruturação (cartel *hard core*), quase sempre representa pesados custos sociais, consistentes, basicamente, no excedente de preço que os cartéis cobram ao consumidor, em relação ao preço que seria praticado em regime de concorrência (HOVENKAMP, 2011, p. 158-182).

Apenas para se ter uma dimensão da natureza do problema, uma análise de preços da chamada “operação 274”, que consistiu em operação de busca e apreensão para investigar cartelização no mercado de combustíveis da cidade de João Pessoa, Estado da Paraíba, detectou uma queda de preços significativa nos preços praticados nos meses seguintes à deflagração da busca e apreensão (CADE e SEAE, 2009).

Por este motivo, a detecção e punição de cartéis é uma das grandes prioridades de autoridades antitruste, em geral, e do CADE, em particular.

As formas de operação tradicional de um cartel são a fixação de preços, a divisão de mercado, geográfica ou por produtos, e o controle da oferta. Todas resultam em algum nível de aumento de preços e, mais importante, têm como pré-requisito a cooperação continuada dos agentes em um período razoável de tempo.

Spagnolo (2005b, p. 2) associa a prática de cartel a outros tipos de condutas ilícitas coordenadas, como corrupção, cooperação entre reguladores e regulados ou auditores e auditados, para diferenciá-las de atividades criminosas padrão, quando atos ilícitos se exaurem em único ato de indivíduos isolados.

Ao fazer a distinção, o autor extrai três principais características de práticas colusivas que se protraem no tempo: (i) a cooperação é necessária para o sucesso da prática, pois existem incentivos diversos para a adoção de condutas oportunistas e, ao mesmo tempo, não existem mecanismos explícitos de governança, como cláusulas contratuais mandatórias para garantir o *enforcement* das regras dos cartéis, embora exista exemplo folclórico no Brasil onde um acordo de preços, intitulado de “convenção” foi registrado em cartório por empresas que comercializavam extintores de incêndio no Distrito Federal (CADE, 2014a); (ii) como decorrência da primeira característica, cartéis se desenvolvem através de uma dinâmica que tem que apresentar certa

permanência no tempo, pois, ausentes mecanismos de *enforcement* exógenos, os próprios integrantes do cartel devem garantir o seu funcionamento e o fazer através da instituição de mecanismos internos – e ilícitos – de governança, como no caso brasileiro do “cartel das britas”, onde se verificou a presença de “auditores” do cartel, autorizados a analisar a atividade interna de todos os integrantes, para identificar e punir comportamentos indesejáveis, como vendas a clientes alocadas para parceiros no conluio (CADE, 2005); (iii) como consequência das duas características acima, cartéis e demais organizações ilícitas, diferentemente de ilícitos praticados isoladamente, se desenrolam com cada infrator conhecendo e, possivelmente, detendo provas, da participação dos demais.

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 âmago 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.

A teoria dos jogos oferece o chamado *dilema do prisioneiro*, como uma alegoria explicativa das variáveis chave que definirão o comportamento de um agente racional na presença dos incentivos básicos propostos por um programa de leniência.

O dilema do prisioneiro

Elaborado pelo matemático Albert Tucker para tornar intuitiva a uma turma de psicologia a teoria dos jogos em um experimento realizado por pesquisadores na RAND Corporation (SPAGNOLO, 2005b, p. 6), o dilema do prisioneiro é uma explicação simples e poderosa para a mecânica de cooperação ou não-cooperação entre indivíduos racionais. Spagnolo (2005b, p. 6) nota que

não é acidental que a forma utilizada para tornar o exemplo mais atraente tenha sido associá-lo a um esquema de delação, considerados os precedentes históricos de utilização deste tipo de mecanismo.

Na sua postulação clássica, dois indivíduos estão sendo interrogados pela polícia, que possui evidências para condenar ambos a um crime mais leve, e suspeita que tenham praticado um delito mais grave, porém sem dispor de provas suficientes em relação a este.

O crime mais leve do qual se detém a prova é punível com pena de prisão de 1 ano e o crime mais grave, com pena de prisão de 3 anos. Para a polícia, é interessante condenar ao menos um dos suspeitos pelo delito mais grave mas, preferencialmente, condenar os dois. Como não há meios de se obter a prova do delito mais grave de forma independente, a solução é oferecer uma barganha.

A polícia apresenta a cada um dos suspeitos, informando que a oferta é simultânea ao outro e haverá incomunicabilidade, as seguintes opções: a) se o indivíduo confessar o delito mais grave, estará integralmente livre da prisão, caso seu comparsa não confesse, enquanto este ficará preso por três anos; b) se confessar e seu comparsa fizer o mesmo, ambos ficarão dois anos na cadeia pelo delito mais grave; c) se não confessar e seu comparsa fizer o mesmo, ambos ficarão presos apenas o período de 1 ano relativo ao delito já comprovado; d) se não confessar e seu comparsa confessar, ficará três anos na cadeia e o outro estará integralmente livre.

O dilema básico é representado na seguinte matriz:

	Prisioneiro "B" confessa	Prisioneiro "B" não confessa
Prisioneiro "A" confessa	Ambos serão condenados por 2 anos	"B" será condenado por 3 anos e "A" estará integralmente livre
Prisioneiro "A" não confessa	"A" será condenado por 3 anos e "B" estará integralmente livre	Ambos serão condenados a 1 ano

Fonte: elaboração própria a partir de (LESLIE, 2006)

Tabela 1 - Dilema do Prisioneiro (versão original)

O que a Tabela 1 demonstra é que, da perspectiva de cada um dos prisioneiros, o dilema é o seguinte: se o seu comparsa confessa, então é melhor confessar e diminuir de 3 para 2 anos seu tempo de prisão. Se o seu comparsa não confessa, continua sendo melhor confessar e evitar o 1 ano de prisão que já está previsto. Isso torna a estratégia de confessar dominante para ambas as partes, pois torna a escolha mais atrativa independentemente da conduta da sua contraparte.

O paradoxo, para os prisioneiros – não para a polícia, que propositalmente desenhou a oferta – é que ambos estariam em melhor posição se abandonassem a sua estratégia dominante, pois, na ausência de confissão, ficariam restritos ao período de 1 ano pelo delito já comprovado.

Naturalmente, o dilema em análise ignora, na sua simplificação, diversas nuances próprias da complexidade do mundo real, tais como inclinações por intangíveis como reputação, altruísmo etc.

Não obstante, a alegoria é altamente instrutiva e, embora seja utilizada como referência em inúmeros campos da atividade humana, é particularmente útil, pela sua própria origem, na explicação da dinâmica de um programa de leniência.

As adaptações de Christopher Leslie do Dilema do Prisioneiro à Leniência no Direito Antitruste

Em um alentado estudo sobre a influência da teoria dos jogos na modelagem de um programa de leniência, que servirá de elemento guia para análise do presente texto, o professor americano Christopher Leslie (2006) faz importantes adaptações do dilema do prisioneiro, para melhor refletir a realidade antitruste.

A primeira delas é relacionada ao fato de que, numa investigação de cartel, inexistente, em regra, um elemento essencial da versão clássica do dilema: os investigadores, geralmente, não possuem um delito comprovado que assegure ao investigado a certeza de que sofrerá algum tipo de punição.

Ausente a ameaça, o dilema reduz-se aos seguintes termos: a) se o indivíduo confessar o delito, continuará livre, caso seu comparsa não confesse, enquanto este ficará preso por 3 anos; b) se confessar e seu comparsa fizer o mesmo, ambos ficarão 2 anos na cadeia; c) se não confessar e seu comparsa fizer o mesmo, ambos continuarão livres; d) se não confessar e seu comparsa confessar, ficará 3 anos na cadeia e ele continuará livre. A tabela seguinte reflete a adaptação

	Prisioneiro "B" confessa	Prisioneiro "B" não confessa
Prisioneiro "A" confessa	Ambos serão condenados por 2 anos	"B" será condenado por 3 anos e "A" estará integralmente livre
Prisioneiro "A" não confessa	"A" será condenado por 3 anos e "B" estará integralmente livre	Ambos continuarão livres

Fonte: elaboração própria a partir de (LESLIE, 2006)

Tabela 1 - Dilema do Prisioneiro aplicado ao direito antitruste (versão original)

Na situação em que não há uma ameaça concreta, não há estratégia dominante. Ao contrário da versão clássica, a estratégia de confessar não é melhor independentemente da estratégia do comparsa, pois, na hipótese de ele não confessar, o indivíduo não estará evitando nenhum tempo de cadeia confessando.

Leslie (2006, p. 457-458) acrescenta uma dimensão própria do cartel. Ao decidir se confessa, a variável chave do agente não é apenas evitar o tempo de prisão, mas, também, maximizar os seus lucros.

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 perseguições 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 perseguição 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. Deve-se ter em consideração, sempre, que o dilema pressupõe que as partes reconhecem, mutuamente, sua estrutura de incentivos. Assim, embora o pior cenário continue sendo não confessar enquanto o seu comparsa confessa, as perdas oriundas da opção que previne esse cenário, que é confessar, são tais, que o dilema é de resolução razoavelmente fácil para as partes envolvidas.

A versão estilizada do dilema do prisioneiro não dá margem, ou mesmo veda, que os prisioneiros adotem estratégias tendentes a reforçar a hipótese de um cenário cooperativo.

A realidade, obviamente, é mais nuançada. As opções de reforço da cooperação em um ambiente de ilicitude são, essencialmente, o uso da violência, suave ou áspera, ou a construção de confiança.

Aplicações suaves de violência são comumente identificadas em investigações de cartéis, como no caso dos auditores já mencionado. Expressões mais violentas são raras em casos de cartéis, embora existentes, como ocorrido no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.001003/2000-41, que investigou a prática de cartel por postos de combustíveis localizados na cidade de Londrina/PR, no bojo do qual se identificou a existência de 5 (cinco) líderes do cartel que se utilizavam, inclusive, de ameaças de morte voltadas a intimidar

e influenciar os outros postos a participarem do ilícito (CADE, 2013a). No caso de outros tipos de organizações criminais, são inclusive bastante conhecidas.

Contudo, é interessante notar que o elemento confiança é prevalente. É conhecida, pelo CADE, por meio de provas documentais, como a confiança é importante como elo mantenedor do ilícito, fato soberbamente demonstrado no já citado “cartel das britas” (CADE 2005). De forma semelhante, em caso envolvendo o mercado de prestação de serviços de manutenção e calibração de instrumentos de medição na região de São José dos Campos/SP, investigado no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.007356/2010-27, as empresas representadas chegaram a afirmar à Superintendência-Geral do CADE, como tese de defesa, a existência de um simples acordo de cavalheiros, e não propriamente um cartel, ao argumento de que esse “acordo” impediria o nivelamento por baixo dos preços do mercado (CADE, 2013b).

Leslie (2006, p. 462) refere vários estudos de teoria dos jogos que apontam na direção de que esquemas cooperativos são mais prováveis quando as interações são repetidas a longo prazo (situação comum em cartéis) e que o dilema do prisioneiro, em suas versões mais rudimentares, coloca demasiada ênfase no elemento racional. Fehr e Fischbacher (2003) chegam a apontar tendências evolucionárias influenciando a adoção prioritária, por indivíduos, de estratégias cooperativas mesmo diante da necessidade de assunção de riscos e posições de vulnerabilidade.

Para Leslie (2006, p. 463), conquanto a adoção da estratégia superior, do ponto de vista do infrator, requer que ambas as partes adotem comportamento (não confessar) que em última análise as põe em posição de vulnerabilidade em relação à outra – que pode confessar e criar o pior cenário do jogo –, a construção da confiança é condição necessária para a própria instalação e manutenção do cartel.

Obviamente, os lucros obtidos com o esquema criminoso representam um importante cimento para este edifício. Isso torna a tarefa dos investigadores ainda mais complexa, pois, para evitar que o dilema do prisioneiro seja solucionado pelos infratores no sentido de não confessar, Leslie (2006, p. 465) propõe ser necessário: (i) tornar a opção por confessar dominante, ou seja, confessar é a melhor opção para determinada parte independentemente da opção adotada por seu comparsa; (ii) impossível a última hipótese, aumentar a atratividade da opção confessar; (iii) dificultar a construção de confiança entre os membros do cartel.

A partir destas premissas, o referido autor faz uma análise do programa de leniência norte-americano, instalado em 1978 e revisado em 1993, para verificar se são coerentes com o objetivo de obter um maior número de confissões e propor algumas modificações.

No próximo item, este artigo exporá as razões de cada uma das propostas do citado autor e as comparará com o quadro normativo do programa de leniência brasileiro, expresso nos arts. 85 e 86 da Lei 12.529/2011 e nos arts. 197 a 210 do Regimento Interno do CADE, e demais normas que nele interferem diretamente.

Propostas de Fortalecimento e o Programa de Leniência Brasileiro

A primeira modificação do programa de leniência norte-americano avaliada, e elogiada, por Leslie (2006, p. 466), é a garantia de imunidade automática para a parte que confessar o cartel.

No programa de leniência pré-1993, o candidato à obtenção da imunidade era obrigado a confessar antes que as autoridades tivessem iniciado qualquer investigação, mas o auferimento do benefício era condicionado à discricção dos investigadores. Após a revisão, a imunidade passou a ser automática e possível de ser concedida, sob condições menos favoráveis, mesmo após uma investigação já iniciada (HAMMOND, 2009).

O simples aumento da certeza sobre a obtenção do benefício pretendido torna a opção por confessar, em algum grau, mais atraente.

No Brasil, o assunto é regulado pelo *caput* do art. 86 e pelo art. 87 da Lei 12.529/2011, que estabelecem que a assinatura do acordo de leniência assegura a imunidade em relação às penalidades administrativas – ou as reduzem, em caso de investigação já iniciada – e impedem o oferecimento da denúncia em relação ao crime de cartel e delitos associados e, após a homologação do acordo pelo CADE quando do julgamento do processo administrativo, extinguem a punibilidade dos referidos crimes.

O programa de leniência brasileiro, pois, é integralmente alinhado a esta proposta.

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.

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 uma 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. Se o programa estabelece, em sequência,

benefícios reduzidos, mas ainda assim atrativos, ao segundo, terceiro etc., que procurem a solução de confessar, o incremento é ainda mais significativo.

Um escalonamento de benefícios estabelecidos de acordo com a ordem de chegada tem o potencial de gerar uma maior instabilidade nos vínculos de confiança que tornam a opção de não confessar mais atrativa. Adicionalmente, tal modelagem pode deflagrar uma corrida para a confissão, como tem se verificado tanto na prática americana (SPRATLING, 1999, p. 3) quanto na brasileira, como será demonstrado adiante.

Embora seja contraintuitivo imaginar que determinado agente tenha receio de que um comparsa esteja prestes a confessar, de forma a deflagrar uma corrida, Leslie (2006, p. 472-473) aponta pelo menos cinco razões para tanto: (i) infratores que participem de mais de um cartel podem estar dispostos a confessar se um dos conluíus já tiver sido descoberto; (ii) pode haver a suspeita que algum dos membros do cartel, por razões internas, desistiu de participar do esquema; (iii) pode haver a avaliação de que um dos membros está de tal forma assustado com a possibilidade de descoberta que esteja inclinado a confessar; (iv) pode haver uma má interpretação de algum motivo dos demais que faça um dos infratores acreditar que algum comparsa já delatou ou está prestes a delatar; (v) por todas as razões acima delineadas, pode haver uma confissão com propósitos puramente preventivos.

No Brasil, o assunto é regulado pelo art. 86, § 1º, I, da Lei 12.529/2011, que estabelece como requisito para obtenção dos benefícios do programa de leniência que a parte seja a primeira a se qualificar com relação à infração denunciada. Já quanto aos benefícios em sequência, o art. 187 do Regimento Interno do CADE cria faixas de redução da multa a ser paga pelos infratores que firmarem um Termo de Compromisso de Cessação de Prática (TCCs), acordo complementar e menos atrativo que a leniência, mas que pode servir como via de acesso a uma solução negociada quando outro partícipe já tiver se qualificado para receber a imunidade total.

Também em relação a esta recomendação, como se percebe, a regulação brasileira está coerente com a experiência internacional. É interessante observar que, recentemente, o CADE homologou TCCs, com benefícios concedidos em sequência, nos quais as datas de requerimento, que determinam o nível de concessões obtidas pelo infrator, são bastante aproximadas. Com efeito, no Inquérito Administrativo nº 08700.003018/2014-91, que apura cartel nos mercados de resinas para revestimentos e para compósitos, foram assinados 3 (três) TCCs pelo Tribunal Administrativo (Requerimentos nº 08700.004496/2014-19, 08700.004627/2014-68 e 08700.005159/2014-49). Nos casos, os descontos relativos às contribuições pecuniárias fixadas incidiram à razão de 30% (trinta por cento) a 50% (cinquenta por cento), de forma

progressiva, em consonância com a ordem cronológica dos requerimentos de acordo formulados pelas partes interessadas.

A terceira recomendação extraída por Leslie (2006, p. 473-477), consiste em ampliar os custos de ser traído ao adotar a opção por não confessar. A lógica subjacente consiste no reconhecimento de que todas as partes envolvidas sabem que as demais sabem que cada um pode obter diversas recompensas pela adesão ao programa de leniência. Isto torna cada um menos confiável aos olhos dos comparsas, criando um ciclo, vicioso ou virtuoso, a depender da perspectiva, de desconfiança. Se, ao mesmo tempo, existir a percepção de que a traição fará a parte que não confessa sofrer penas severas, então o receio de permanecer na estratégia de não confessar será ainda maior.

No Brasil, como também nos Estados Unidos da América, um participante de um cartel está sujeito a sanções criminais previstas na Lei 8.137/90, a multas administrativas e proibições diversas de contratar com o Poder Público, previstas na Lei 12.529/2011, além de reparação civil por danos causados.

Martinez (2013, p. 222) aponta apenas 6 sentenças definitivas condenatórias pela prática de cartel, o que representa um número obviamente baixo. A reparação cível, por sua vez, ainda está em fase embrionária no país, não se tendo notícia de sentença definitiva condenando e liquidando o valor da reparação. As penas administrativas, contudo, são aplicadas com frequência. Apenas em 2014, o CADE condenou 14 (catorze) cartéis, tendo a condenação do chamado “cartel do cimento” atingido valores de aproximadamente três bilhões de reais (CADE, 2014b).

Portanto, apesar de ainda serem necessários diversos aperfeiçoamentos na efetividade das sanções aplicadas pela prática de cartel no país, especialmente nas searas penal e cível, é certo que, de um ponto de vista normativo, a legislação brasileira também é coerente com esta terceira recomendação.

As três primeiras recomendações acima comentadas são avaliações positivas do programa de leniência americano. Leslie (2006, p. 478-488) prossegue com propostas para elementos que considera equivocados na modelagem lá vigente.

A quarta recomendação, nessa linha, diz respeito à proibição vigente, nos EUA, de se firmar um acordo de leniência com o líder do cartel. Para Leslie (2006, p. 478-481), a exigência é contraproducente, basicamente, por duas razões: (i) aumenta a confiabilidade do líder do cartel em relação aos demais, já que todos sabem que a opção confessar é a este indisponível e, como visto, o elemento confiança é fundamental para a manutenção do cartel; (ii) diminui a previsibilidade do programa em relação a todos os participantes, uma vez que a definição *ex ante* do que seria exatamente o exercício de liderança é complexa e

pode suscitar dúvidas, tanto para o potencial delator quanto para a autoridade, sobre a elegibilidade para o recebimento do benefício.

O autor afirma que a melhor maneira de contrabalançar a influência do líder do cartel é assinalar penas maiores a estes infratores e oferecer também o benefício da imunidade, pois, além de eliminar os dois efeitos acima elencados, traria ainda o benefício adicional de tornar a sua essencial função ainda mais difícil de ser exercida, pois os demais comparsas saberiam que seus incentivos para confessar seriam ainda maiores. Bos e Wandschneider (2012) apresentam opinião mais nuançada, contudo contrária à exclusão na maioria das situações.

No Brasil, a introdução do acordo de leniência na legislação nacional através da Lei 10.149/2000, previu a impossibilidade de se conceder a leniência ao líder do cartel. A Lei 12.529/2011, contudo eliminou esta exigência, tornando o programa de leniência brasileiro totalmente coerente com esta recomendação. É importante ressaltar que o CADE tem o padrão de assinalar penas mais severas às partes que exerceram função de liderança ou proeminência no cartel, como nos já citados casos do “cartel das britas” (CADE, 2005) e no “cartel do cimento” (CADE, 2014).

A quinta recomendação diz respeito à eliminação da regra que impede a concessão da imunidade se os investigadores já dispõem de evidência suficiente para condenar o cartel.

Leslie (2006, p. 481-485) defende a exclusão da exigência por quatro razões: (i) aumentar a certeza sobre o aumento do benefício é sempre positivo para o incremento da opção confessar, e os infratores nunca terão certeza sob qual nível de prova dispõem os investigadores e podem, portanto, recuar de um potencial acordo; (ii) a regra aumenta o grau de discricão dos investigadores para a concessão do benefício, pois estes terão que determinar se o seu conjunto probatório é suficiente ou não para a condenação, quando o objetivo do programa deve ser automatizá-lo o mais possível; (iii) mesmo que uma investigação já esteja em estágio relativamente avançado, a confissão pode ser a diferença entre o sucesso e o fracasso da persecução estatal, além de aumentar a probabilidade de ocorrência de novas confissões no mesmo caso; (iv) o efeito desestabilizador do receio de que uma confissão esteja para acontecer diminui, pois o agente terá que levar em consideração que a investigação pode ser avançada o suficiente para impedir a obtenção do benefício, para si ou seus comparsas.

O autor argumenta ainda que o principal fator para a existência da regra, que seria a desnecessidade de conferir tratamento leniente quando supostamente desnecessário, ignora os ganhos elencados acima e fortalece exatamente os cartéis mais longevos e danosos, cujos membros teriam mais razões para acreditar que não seriam elegíveis para o benefício.

No Brasil, o art. 86, §1º, III, da Lei 12.529/2011, estabelece como requisito para a obtenção do benefício que os investigadores não disponham de provas suficientes para a condenação do potencial beneficiário. Está em desacordo, portanto, com a recomendação proposta.

A sexta e última recomendação é voltada à eliminação de regra do programa de leniência norte-americano que determina que a empresa apenas será elegível para receber a imunidade se cessar seu envolvimento na infração e confessar às autoridades imediatamente após tomar conhecimento da prática.

Leslie (2006, p. 485-487) argumenta que a regra introduz incerteza ao programa, pois é difícil definir *ex ante*, primeiro, o que consistiria a tomada de conhecimento da prática e, segundo, o que representaria uma ação imediata no sentido de confessar. Além disso, a regra tem o potencial de estabilizar o cartel, ao tornar possível, teoricamente, que todos os seus membros sejam inelegíveis para o recebimento da imunidade, se não encontrados um dos dois requisitos. Tal efeito seria particularmente perverso em casos de cartéis duráveis.

O principal benefício advindo da regra, por sua vez, que seria gerar uma corrida pela confissão, após a tomada de conhecimento da existência da infração pela empresa, se daria em curto espaço de tempo, e, se não obtido, solidificaria crescentemente o vínculo entre os infratores.

No Brasil, o requisito constante do art. 86, § 1º, II, da Lei 12.529/2011 se refere apenas a que a parte que busca o benefício cesse o seu envolvimento na infração imediatamente após a propositura do acordo. Portanto, não exige como requisito que a comunicação seja feita imediatamente após a tomada de conhecimento da prática e está, desta maneira, em coerência com a recomendação.

Conclusão

As recomendações acima analisadas não necessariamente representam a única via de sucesso ou mesmo estão imunes a qualquer tipo de crítica. Entretanto, estão firmemente calcadas nos pressupostos elementares do dilema do prisioneiro e muitas, como visto, são fortemente sustentadas por eventos já verificados empiricamente em investigações de cartel.

Para além das complexas e válidas discussões dos objetivos da política antitruste em geral, e de combate a cartéis em particular, além das notáveis implicações éticas da utilização da delação como ferramenta de promoção do bem comum, é certo que, uma vez definida a utilidade de seu uso, é necessário que sejam adotadas medidas para estabelecer as condições em que será aplicada.

O dilema do prisioneiro, tal como aqui apresentado e analisado, contém uma receita que busca aumentar o número de delações, o que é um objetivo intuitivo a ser perseguido quando se dispõe, em tese, deste método. O Programa

de Leniência Brasileiro, como visto, está, em alto grau, ao menos na sua dimensão normativa, coerente com as recomendações de Leslie (2006) explicitamente transmitidas com este propósito.

A compreensão desta realidade abre, especialmente ao estudioso brasileiro, diversos caminhos para explorar no escrutínio do acordo leniência, tais como projetar novas modificações, indagar sobre o uso de outras abordagens teóricas para explicar os mecanismos utilizados para a obtenção de delações, empreender diferentes interpretações da própria teoria dos jogos para os mesmos problemas etc.

A proximidade do acordo de leniência previsto na legislação de defesa da concorrência com o acordo de leniência da Lei 12.846/2013 e com a colaboração premiada da Lei 12.850/2013, além do substrato semelhante dos ilícitos combatidos, permite utilizar algumas das informações acima debatidas para desenvolver novas ideias também no que concerne a estas esferas de atuação do Estado.

Referências Bibliográficas

- BOLDT, Raphael. *Delação premiada: o dilema ético*. **Jus Navigandi**, ano 9, n. 783, 25 de agosto de 2005.
- BOS, Iwan; WANDSCHNEIDER, Frederik. **Cartel Ringleaders and the Corporate Leniency Program. Optimal corporate leniency program**. CCP Working Paper 11-13. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1910000>. Acesso em: dezembro de 2014.
- FEHR, Ernst; FISCHBACHER, Urs. *The nature of human altruism*. **Nature**, Zurique, v. 425, p.785-791, 23 de outubro de 2003.
- GABAN, Eduardo M.; DOMINGUES, Juliana O. **Direito Antitruste**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- HAMMOND, Scott D. **Cornerstones of an Effective Leniency Program**. Chile: Santiago, 9 set. 2009. Apresentado por ocasião do “Chilean Competition Day”.
- HARRINGTON, Joseph E.. **Optimal corporate leniency program**. Working papers, The Johns Hopkins University, Department of Economics, n. 527, 2005.
- HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and its Practice**. 4ª ed. St. Paul, MN: Thomson Reuters, 2011.

- JESUS, Damásio E. de. *Estágio atual da “delação premiada” no Direito Penal brasileiro*. **Jus Navigandi**, ano 10, n. 854, 4 de novembro de 2005.
- LESLIE, Christopher R. *Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability*. **Journal of Corporation Law**, vol. 31, p. 453-488, 2006.
- MARTINEZ, Ana P. **Repressão a Cartéis – Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Singular, 2013.
- 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.
- _____. **Leniency and Whistleblowers in Antitrust**. Itália: Roma, 23 de junho de 2005. Preparado para a Conferência LEAR “Advances in the Economics of Competition Law”. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=936400>. Acesso em: dezembro de 2014.
- SPRATLING, Gary R. **Making Companies an Offer They Shouldn’t Refuse**. Washington, D.C., 16 de fevereiro de 1999. Apresentado no 35º simpósio sobre antitruste da American Bar Association.

Documentos e Julgados

- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA; SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. **Combate a cartéis e programa de leniência**, Coleção CADE/SDE n. 01. Brasília, Imprensa Oficial, 2009.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo 08012.002127/2002-14**. Plenário. Relator: Luiz Carlos Tadeu Delorme Prado, 2005.
- _____. **Processo Administrativo 08012.007356/2010-27**. Superintendência-Geral do CADE, 2013a.
- _____. **Processo Administrativo 08012.001003/2000-41**. Plenário. Relator: Ana de Oliveira Frazão, 2013b.
- _____. **Processo Administrativo 08012.001794/2004-33**. Plenário. Relator: Ricardo Machado Ruiz, 2014a.
- _____. **Processo Administrativo 08012.011142/2006-79**. Plenário. Relator: Alessandro Octaviani Luis, 2014b.

