



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

LÚCIO ALBERTO GOMES JUNIOR

A DELAÇÃO PREMIADA NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA:
PERSPECTIVAS PARA A POLÍTICA BRASILEIRA DE LENIÊNCIA NO
COMBATE A CARTÉIS

FLORIANÓPOLIS / SC

2013

LÚCIO ALBERTO GOMES JUNIOR

A DELAÇÃO PREMIADA NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA:
PERSPECTIVAS PARA A POLÍTICA BRASILEIRA DE LENIÊNCIA NO
COMBATE A CARTÉIS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito à obtenção do grau de bacharel em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, na área de Direito Econômico Concorrencial.

Orientador: Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves

FLORIANÓPOLIS / SC

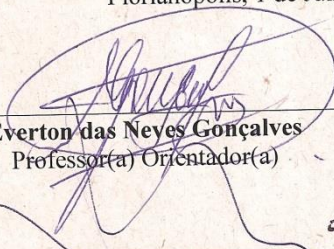
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

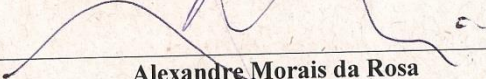
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**Perspectivas da Política de Leniência no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Lúcio Alberto Gomes Júnior**, defendida em **01/07/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 100 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

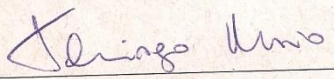
Florianópolis, 1 de Julho de 2013



Everton das Neves Gonçalves
Professor(a) Orientador(a)



Alexandre Morais da Rosa
Membro de Banca



Thiago Maio
Membro de Banca

It's like you come onto this planet with a crayon box. You may get the 8-pack, or you may get the 16-pack, but it's all in what you do with the crayons--the colors-- that you're given. Now don't worry about coloring within the lines or coloring outside the lines. I say, color outside the lines! Color all over the page!

Waking Life

RESUMO

O acordo de leniência é um importante instrumento para o combate às infrações à livre concorrência, bastante efetivo para detecção de cartéis. Consiste num programa de delação premiada, no qual uma empresa denuncia sua participação no ilícito em troca de imunidade administrativa e criminal. O objetivo deste trabalho é fomentar o debate para promover o desenvolvimento da política brasileira de leniência. No primeiro capítulo, são apresentados aspectos históricos da delação premiada, desde a *ménesys* da Grécia Antiga até o desenvolvimento do programa de leniência no Direito Concorrencial. O capítulo seguinte explora a evolução da legislação de defesa da concorrência até a edição da Lei 12.529/11. Em seguida, são expostos os aspectos gerais do programa de leniência e as especificidades do programa nacional. O quarto capítulo destaca controvérsias debatidas pela doutrina a respeito das políticas de leniência. Na conclusão buscamos identificar modificações que poderiam ser implementadas no programa de leniência brasileiro para torná-lo mais efetivo.

Palavras-chave: leniência, delação premiada, cartel, antitruste, anistia

Código de classificação JEL: F02, D21, D49, K42

ABSTRACT

The leniency agreement is an important tool used on the fight against economic competition infractions, which is especially effective for detecting cartels. It consists of a whistleblower program in which a company denounces to the competition authority its participation on a cartel. In exchange, administrative and criminal immunities related to that infraction are granted to the company. This paper aims to foster debate that will promote the development of Brazilian leniency policies. The first chapter presents historical aspects of plea bargaining, since the *ménesys* from Ancient Greece till the development of the leniency program to the Antitrust Cartel Enforcement. The next chapter explores the evolution of the antitrust laws until the enactment of Law 12.529/11 in Brazil. The third chapter is devoted to the exposure general aspects of the leniency programs, followed by a deep merge into Brazilian's leniency program. The fourth chapter highlights controversies debated on the international experience about the policies of leniency. Finally, in the conclusion, we pretend to identify changes that could be implemented in the Brazilian leniency program in order to make it more effective.

Key-words: leniency, *plea bargaining*, whistleblower, cartel, free competition, antitrust

JEL classification codes: F02, D21, D49, K42

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1: O Dilema da Leniência.	50
Figura 2: Eficiência de Kaldor-Hicks e Pareto.....	67

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 DA DELAÇÃO PREMIADA À POLÍTICA DE LENIÊNCIA	13
1.1 A delação na história da humanidade	13
1.1.1 Antiguidade Clássica	13
1.1.2 Feudalismo: a sociedade da confiança.....	15
1.1.3 A perseguição aos hereges na Santa Inquisição	17
1.1.4 A delação no Absolutismo.....	18
1.1.5 Crítica à delação no Século das Luzes e a Revolução Francesa.....	20
1.1.6 Negociação com acusados em processo criminal.....	24
1.2 A delação premiada em <i>terrae brasilis</i>	27
1.3 A delação premiada no combate a cartéis.....	29
1.4 Críticas à adoção de políticas de delação premiada.....	31
2. LEGISLAÇÃO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA	34
2.1. A Defesa da Concorrência	34
2.1.1 Estados Unidos	34
2.1.2 Europa.....	36
2.2. A defesa da concorrência no Brasil	38
2.2.1 Primórdios da concorrência no Brasil	38
2.2.2 Evolução da legislação de defesa da concorrência.....	39
2.2.3 Lei 8.884/94.....	43
2.2.4 Lei 12.529/11.....	44
2.3 Mecanismos de combate a cartéis na defesa da concorrência	46

3	O PROGRAMA DE LENIÊNCIA.....	48
3.1	Características gerais	48
3.2	Benefícios da política de leniência	51
3.3	Limitações da política de leniência.....	53
3.4	O programa de leniência no Brasil	54
3.4.1	Lei 10.149/00.....	54
3.4.2	Lei 12.529/11.....	55
3.5	Cartéis combatidos por acordos de leniência.....	61
3.5.1	Cartel das lisinas.....	61
3.5.2	Cartel das Vitaminas.....	62
3.5.3	Cartel dos eletrodos de grafite.....	63
3.5.4	Cartel das empresas de vigilância	64
3.5.5	Cartel dos compressores para refrigeração.....	65
4.	ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA	66
4.1	Eficiência, eficácia e efetividade	66
4.2	Restrições à celebração de acordo de leniência	69
4.2.1	Momento de admissão da leniência.....	69
4.2.2	Restrição ao líder.....	70
4.3	Quantidade de acordos de leniência admitidos por infração	71
4.3.1	Sistema Escalonado (Europeu).....	71
4.3.2	Leniência <i>Plus</i>	72
4.3.3	<i>Plea agreements</i> (Termo de Compromisso de Cessação).....	74
4.4	Extensão da leniência.....	76
4.4.1	A delação (literalmente) premiada	76
4.4.2	Imunidade criminal.....	77
4.4.3	Imunidade Civil	79
4.5	Reincidência.....	80
	CONCLUSÃO.....	82
	REFERÊNCIAS	85

INTRODUÇÃO

A delação premiada sempre se fez presente na história da humanidade. A partir da *ménysis* da Grécia Antiga, pode-se traçar uma linha histórica de evolução do conceito de delação, que passa pela caça às heresias na Santa Inquisição, pelo dever cidadão na Revolução Francesa e pela *plea bargaining*, dos Estados Unidos. Neste último país, a experiência com o instrumento é tão bem sucedida que mais de 90% dos casos criminais são “julgados” pelo *plea bargaining*.

No Brasil, a delação premiada foi responsável por frustrar a Inconfidência Mineira e foi tática militar frequente da Ditadura Militar. Após a redemocratização do país, o instrumento foi reincorporado à legislação no final dos anos 80 com a “Lei dos Crimes Hediondos”.

Nos anos 90, a entrada em vigor do Plano Real e a política do neoliberalismo integraram o país ao capitalismo mundial, fazendo necessária uma legislação concorrencial mais bem definida para evitar o abuso de poder econômico com vistas à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros. Com essa finalidade, a Lei 8.884/94 foi promulgada para regulamentar a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. O sistema de defesa da concorrência era composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico.

Quanto às infrações em espécie, o art. 20 da Lei 8.884/94 dispunha¹:

Art. 20. 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:
I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
III - aumentar arbitrariamente os lucros;
IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

A formação de um cartel é a forma mais comum de infração ao art. 20, I, da Lei 8.884/94², no qual as empresas concordam em estabelecer regras (combinação de preço, divisão do mercado, limite de quotas etc.) de modo a limitar, falsear e prejudicar a livre concorrência.

¹ Como se verá adiante, a lei 8.884/94 foi quase completamente revogada pela Lei 12.529/11, que entrou em vigor em 29 de maio de 2012.

² Correspondente ao art. 36, I, da Lei 12.529/11.

Para combater a formação de cartéis, a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos introduziu a delação premiada na defesa da concorrência em 1978, através da *Corporate Leniency Policy*.

Essa política, desenvolvida para fomentar a desistência e dissuasão da formação de cartéis, não alcançou resultados expressivos até 1993, quando foi reformulada na *Amnesty Corporate Program*.

O extraordinário sucesso do programa de leniência gerou disseminação de interesse ao redor do mundo. Diversos países estrangeiros desenharam e implementaram programas de leniência em suas jurisdições. Como resultado, países como Canadá, Brasil, Reino Unido, Alemanha, França, Irlanda, República Tcheca e Coreia anunciaram novas ou revisadas políticas de leniência, com muitos países ainda por seguir esse processo. O mais significativo exemplo foi a recente adoção de uma revisada política de leniência pela União Europeia em fevereiro de 2002. (GRIFFIN, 2003) (em inglês no original³).

Nos dias atuais, mais de 50 (cinquenta) países contam com um programa de delação premiada para detecção de cartéis.

No Brasil, a leniência foi introduzida pela Lei 10.149/00, a qual era bastante similar à leniência adotada pelo país norte-americano em 1993.

Com o advento da Lei 12.529/11, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência foi reestruturado, passando a ser composto apenas pelo Cade (e seus órgãos Tribunal, Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos) e pela SEAE. Além disso, foram promovidas substanciais modificações ao programa de leniência.

O objetivo deste trabalho é fomentar o debate sobre a delação premiada no direito concorrencial, possibilitando o desenvolvimento da política de leniência para detecção de cartéis no Brasil.

No primeiro capítulo, apresenta-se uma breve retrospectiva da delação premiada na história da humanidade, recuperando-se aspectos da *ménysis*, da Grécia Antiga, da caça às heresias, na Santa Inquisição, do Período do Terror, na Revolução Francesa e da *plea bargaining*, nos Estados Unidos. Em seguida, são apresentadas as principais críticas a respeito do uso da delação premiada no Estado Democrático de Direito.

³ No original: *The extraordinary success of the Division's leniency program has generated widespread interest around the world. We have advised a number of foreign governments in drafting and implementing effective leniency programs in their jurisdictions. As a result, countries such as Canada, Brazil, the United Kingdom, Germany, France, Ireland, The Czech Republic, and Korea have announced new or revised leniency programs, with still other countries in the process of following. Most significant was the European Union's recent adoption of a revised leniency program in February 2002.*

O capítulo seguinte expõe a evolução do Direito da Concorrência após a 2ª Revolução Industrial nos EUA e na Comunidade Europeia. A seguir, estuda-se a evolução da disciplina da concorrência no Brasil, desde o período do Brasil Colonial até a edição da Nova Lei de Defesa da Concorrência – Lei 12.529/11.

No terceiro capítulo, são destacadas as principais características, os benefícios e as limitações de uma política de leniência, aprofundando-se nas especificidades do modelo brasileiro, de acordo com a Lei 12.529/11. Conclui-se com a exposição de alguns casos de leniência de repercussão internacional e da experiência brasileira.

O último capítulo aborda controvérsias processuais e procedimentais debatidas na doutrina a respeito das políticas de leniência, como a quantidade de lenientes⁴ permitida por infração, a leniência plus, a reincidência e a promessa de recompensas.

Finalmente, com base nesse estudo, pretende-se apresentar considerações a respeito das modificações que poderiam ser implementadas na política nacional de leniência de modo a aumentar sua efetividade do combate a cartéis.

⁴ Como bem anotado pelo Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho durante a defesa da tese de mestrado da Msc. Anna Carolina Faraco Lamy, o uso do termo “leniente” para o delator é impróprio. Isso porque, no programa de leniência, é o Estado quem é “leniente”, ao reduzir as penalidades aplicáveis ao denunciante. Em que pese essa pertinente observação, adotar-se-á, neste trabalho, o termo “leniente” como sinônimo de delator, conforme consagrado na doutrina.

1 DA DELAÇÃO PREMIADA À POLÍTICA DE LENIÊNCIA

O conceito de delação está presente na história da humanidade desde a Antiguidade Clássica (séc. VIII a.C. – séc. V d.C.)⁵. No trajeto até o desenvolvimento das políticas de leniência para o combate a cartéis, a delação se fez presente em diversos momentos históricos, sendo considerada prática desonrosa em algumas ocasiões e dever do cidadão em outras.

Em sua acepção jurídica moderna, a delação consiste na acusação alheia pelo cometimento de algum ato (crime, delito ou falha), geralmente com o fim de tirar algum proveito dessa revelação.

Neste capítulo, recuperam-se alguns aspectos da retrospectiva histórica dessa prática, partindo da *menýsis*, na Grécia Antiga, até a incorporação da delação premiada na legislação de defesa da concorrência.

Em seguida, são apresentadas as críticas mais contundentes à utilização da delação premiada no Estado Democrático de Direito.

1.1 A delação na história da humanidade

1.1.1 Antiguidade Clássica

Uma das primeiras referências históricas da delação premiada encontra-se no direito penal da Grécia Clássica.

Segundo Quezado (2008, p. 45), no século VI a.C., Sólon instituiu a delação pública para estimular pessoas a combater contrabandos e a proteger o Estado. Caso o delator estivesse envolvido na ação denunciada, poderia ser perdoado e até receber um pagamento em dinheiro. Mas se fosse novamente flagrado ou delatado, poderia ser preso e executado.

⁵Em verdade, não se pode descartar sua existência em um período histórico anterior, embora não tenhamos encontrado evidência histórica precisa a esse respeito. Já no Século IV a.C., a delação é tratada como técnica militar na obra “A Arte da Guerra”, do general militar chinês Sun Tzu.

Posteriormente, por volta de 411-409 a.C., foi publicado um decreto que tratava da *ménysis* (delação) de atos criminosos:

Qualquer um que tiver interesse denunciará outrem que estiverem planejando uma conspiração contra *Tasos*. Se suas informações forem confirmadas, receberá do Estado mil *stateri*. Se o denunciante é um escravo, ele obterá a liberdade. Se houver mais de um denunciante, os *Trecento* decidirão na Corte de Justiça; se o denunciante for um dos que fazia parte do complô, receberá à recompensa mediante a promessa de não intentar nenhuma ação profana no sentido da conspiração, excetuando-se o benefício ao idealizador da trama (*in FRISONE*, p. 20) (em italiano no original).

O acusador é uma figura importante para o exercício jurisdicional grego, sendo a delação um dos direitos intrínsecos à cidadania. A cooperação ativa dos cidadãos com a queixa de atos criminosos era entendida como afirmação das leis e da justiça, tendo um papel importante para a sustentação das *polis* gregas (*FRISONE*, p. 21).

Nesse sentido, colhe-se do discurso Licurgo de Atenas (393 – 323 a.C.):

A Lei tem a função de prescrever o que não se deve fazer; o acusador de denunciar todos que são passíveis das penas estabelecidas pela lei e o juiz de punir todos que são indiciados, de modo que, nem a lei nem o voto do juiz tem valor sem que alguém afirme a culpabilidade dos denunciados. (*in FRISONE*, 2011, p. 10) (em italiano no original⁶).

No Império Romano (27 a.C. – 476 d.C.), a delação foi incorporada à persecução penal por instrumentalizar um dos princípios norteadores da política imperial: a máxima *divide et impera*⁷ (dividir para conquistar), que consistia em fomentar a falta de confiança na sociedade para dissuadir alianças contra o Império⁸.

A ordem política imperial tinha como elemento mais importante a centralização do poder decisório nas mãos do Imperador, que concentrava as funções executiva, legislativa e judiciária, sendo também responsável pela religião e pelo exército.

E é justamente durante esse momento histórico que se tem a narrativa de delação premiada mais notória na civilização ocidental. De acordo com o Evangelho de Mateus⁹,

⁶No original: "*La legge ha la funzione di prescrivere quel che non si deve fare, l'accusatore di denunciare coloro che sono passibili delle pene stabilite dalle leggi, il giudice di punire coloro che gli sono stati indicati dall'una e dall'altro, cosicché né la legge, né il voto dei giudici hanno valore senza chi consegnino loro i colpevoli*".

⁷Segundo Kant (2006, pp. 100-101), os princípios sofisticados norteadores da política romana (*divide et impera, si fecisti nega e fac et excusa*) são as ideias políticas e oportunistas mais eficientes no Direito Público.

⁸Para Kant, esse seria "o meio mais seguro de submetê-los [os rivais] a ti, um atrás do outro, sob a aparência de apoiar o mais débil" (Kant, 2006, p. 105).

⁹Essa passagem encontra-se no Evangelho de Mateus: "(...) eis que chegou Judas, um dos doze, e com ele grande multidão com espadas e varapaus, enviada pelos príncipes dos sacerdotes e pelos anciãos do povo. E o que o traía tinha-lhes dado um sinal, dizendo: O que eu beijar é esse; predeei-o. E logo, aproximando-se de Jesus, disse: Eu te saúdo, Rabi; e beijou-o." (Bíblia, Mateus 26:47-49). Ainda que não se possa designar a Bíblia como documento histórico, é inegável sua influência na formação da civilização ocidental.

Judas Iscariotes delatou a identidade de Jesus de Nazaré ao Império Romano em troca de 30 moedas de prata¹⁰.

Após um longo período de estabilidade, no final do Século III d. C., uma grande crise começou a se alastrar pelo Império, o qual não conseguia sustentar sua hegemonia político-administrativa devido à grande extensão territorial.

Diante disso, Teodósio dividiu o Império Romano entre Ocidente e Oriente no ano de 395 d.C. No Império do Ocidente, esse panorama foi de mal a pior. Além da crise interna, passaram a sofrer com constantes ameaças de invasão pelos povos bárbaros.

Os povos germânicos sempre tinham tentado, de fato, entrar no império, mas não de maneira tão violenta e aflita. É que desta vez eles estavam sendo expulsos de seus territórios por uma nação ainda mais atroz, os hunos, que vinham assolando tudo o que encontravam pela frente desde a Mongólia, sua terra natal, até o norte da Europa. E pior: Roma não era mais capaz de manter o exército imbatível de seus tempos áureos. Em meio a uma crise política e social, o império assistiu à deserção em massa de seus soldados cansados e famintos (PARRON, 2005).

No ano 476 d.C. os povos bárbaros conseguiram dominar a Roma e depor o Imperador Rômulo Augusto, dando início ao período histórico da Idade Média.

1.1.2 Feudalismo: a sociedade da confiança

Com o fim do Império Romano do Ocidente, a sociedade se apresentava bastante fragmentada, com várias comunidades apresentando baixos índices de densidade populacional e de desenvolvimento urbano. Boa parte da população havia migrado para o campo em busca de abrigo, trabalho e proteção. Aliado a isso, na cultura política dos povos germânicos não existia o conceito de centralização de poder e personalidade jurídica do Estado (MALUF, 2008, p. 115).

Esse contexto favoreceu a formação de um novo sistema econômico, político e social: o feudalismo. O território foi dividido em diversos centros de poder (feudos) nos quais um nobre era investido na função de Senhor da Terra (*major domus*). O *major domus* concedia o uso de suas terras a cavaleiros menos poderosos que, em troca,

¹⁰ Essa história bíblica vem sendo questionada pela suposta descoberta de um Evangelho atribuído a Judas, segundo o qual Jesus teria pedido a Judas que o delatasse para que pudesse se desprender de seu corpo físico e iniciar seu Reino dos céus (CHINELLI, 2006).

lutavam pelo senhorio e pagavam impostos pelo uso da terra (talha, corveia e banalidades).

A sociedade era construída com base na relação de confiança entre os suseranos (Senhores da Terra) e vassallos (cavaleiros). Por isso, a traição (pressuposto para a delação) era uma conduta socialmente abominada.

Os laços feudo-vassálicos eram estabelecidos por três atos, que correspondiam às necessidades recíprocas que justificavam sua existência. O primeiro era a homenagem, o ato de um indivíduo tornar-se “homem” de outro. O segundo era a fidelidade, juramento feito sobre a Bíblia ou relíquias de santos e muitas vezes selado por um beijo entre as partes. O terceiro era a investidura, pela qual o indivíduo que se tornava senhor feudal entregava ao outro, agora vassallo, um objeto (punhado de terra, folhas, ramo de árvore etc.) simbolizador do feudo que lhe concedia (FRANCO JR., p. 125).

Além disso, em razão do excessivo grau de descentralização política, prevalecia, em cada unidade autônoma, uma administração na qual o titular ditava as regras a seu bel prazer.

O Direito se encontrava esfacelado, particularizado em cada feudo, onde seu senhor ditava arbitrariamente o ‘direito local’. Os litígios eram solucionados na ordem individual, sob uma lógica retributiva (MELLO FILHO, 2003).

Em meados do Século XI, o elevado crescimento demográfico e a baixa produtividade agrícola afetaram significativamente o sistema feudal. Diante da escassez de recursos, diversos vassallos foram expulsos do território feudal e, desse movimento migratório, constituíram-se as cidades de homens livres – os burgos.

[Essas] transformações atingiram a própria essência do feudalismo — sociedade fortemente estratificada, fechada, agrária, fragmentada politicamente, dominada culturalmente pela Igreja. De dentro dela, e em concorrência com ela, desenvolveu-se um segmento urbano, mercantil, que buscava outros valores, que expressava e ao mesmo tempo acelerava as mudanças decorrentes das próprias estruturas feudais (FRANCO JR, 2002, p. 17).

Com isso, o feudalismo iniciou sua decadência que se estenderia até meados do Século XIV, quando as constantes guerras e a peste negra levariam à definitiva derrocada do sistema.

1.1.3 A perseguição aos hereges na Santa Inquisição

As Cruzadas foram movimentos militares de inspiração cristã cujo objetivo declarado era conquistar a Terra Santa e a cidade de Jerusalém. Além de possibilitar a expansão dos domínios da fé católica e aumentar o número de seguidores do catolicismo, o movimento cruzadista poderia resolver algumas das demandas sociais do feudalismo¹¹.

Durante as Cruzadas, uma implacável perseguição religiosa se desenvolveu contra os inimigos da ortodoxia católica no Tribunal da Santa Inquisição. O Tribunal considerava inimigo da fé, ou herege, qualquer um que duvidasse dos dogmas e ensinamentos do catolicismo, o que era um pecado condenável com a morte.

Duvidar da existência das heresias era uma heresia. E qualquer um que se manifestasse contrário à perseguição aos hereges estaria sendo motivado pelo Diabo e também deveria ser purificado (KUNZE, 1989, p. 232).

Para descobrir os inimigos da fé, a Igreja Católica fomentava a delação nas próprias comunidades, através das “caixas públicas coletoras” de acusações (bocas da verdade), onde poderiam ser realizadas denúncias de maneira anônima. Ao delatar um herege, o cidadão teria garantido seu espaço no Reino de Deus e ganharia *status* perante a sociedade (MENDRONI, 2008, p. 58).

A tortura era usada sob a justificativa de que seria responsável por revelar a verdade, pois o Senhor nunca permitiria que o inocente perecesse (KUNZE, 1989, p. 235). Com isso, o procedimento Inquisitório foi marcado pela tortura física e psicológica dos acusados.

Com efeito, a obra “A Caminho da Fogueira”, de Micael Kunze, retrata a perseguição inquisitória realizada contra a família Pappenheimer. Em um dos trechos, o autor descreve uma das práticas de tortura utilizadas pela Inquisição: “[a]s mãos do acusado eram amarradas às costas, antes de ser ele suspenso pelos braços por uma roldana, e ficava pendurado no ar. A tortura era agravada pelo uso de pesos amarrados aos pés” (1989, p. 159).

¹¹ Além do problema demográfico, outro problema social era que muitos nobres não possuíam terra, dado que o sistema hereditário feudal conferia ao filho primogênito a totalidade do feudo com vistas a manter a unidade territorial dos Senhores da Terra. Aos demais filhos do suserano, havia a possibilidade de integrar o clero ou então tornar-se um nobre sem terra. A esse respeito, ver FRANCO JUNIOR, Hilário. *Idade Média: Nascimento do Ocidente*. São Paulo: Brasiliense, 2002.

Caso os acusados admitissem o cometimento da heresia e denunciassem outros hereges, poderiam ser perdoados em nome da fé, sem nenhuma grande penitência. (BAIGENT e LEIGH, 2001, p. 48).

Com o uso da tortura, a Igreja sempre conseguia obter confissões e delações, pouco importando se verídicas. Nesse sentido, a obra de Kunze retrata que, diante da agonia de uma sessão de tortura, a acusada Anne Pappenheimer nomeou 99 pessoas como cúmplices de heresia (1989, p.355).

Ainda em relação a esse momento histórico, o majestoso livro “O Queijo e os Vermes”, do historiador Carlo Ginzburg, recupera inquéritos e depoimentos do moleiro Domenico Scandella, o Menocchio, o qual possuía suas próprias teorias e crenças a respeito de temas religiosos e, por isso, foi preso, torturado e condenado à morte na fogueira, em 1599.

1.1.4 A delação no Absolutismo

Em certa medida, a Igreja Católica favoreceu a burguesia com o movimento cruzadista, dado que o contato com o Oriente fortaleceu o comércio e promoveu a criação de novos mercados. Diante desse efeito inesperado, a Igreja Católica viu sua hegemonia ameaçada e passou a combater diretamente a atividade comercial burguesa. Para se fortalecer e enfrentar a Igreja, a burguesia buscou proteção e aliança com os monarcas, o que culminou na (re)centralização de poder nas mãos do Rei.

O crescente fortalecimento do poder real atingiu o ponto culminante no Século XVII, com o regime absolutista. O absolutismo significou a grande concentração do poder político nas mãos dos reis, numa época em que as atividades comerciais se expandiam e a burguesia acumulava riqueza. (APOLINARIO, 2012, p. 130).

Essa teoria política sustentava que o déspota deveria concentrar todos os poderes do Estado (executivo, legislativo e judiciário). O monarca era a autoridade judicial suprema, que poderia condenar homens à morte sem direito à apelação. O exercício arbitrário do poder era utilizado sob o pretexto de punir ofensas e inibir o cometimento de novas infrações.

Dentre os teóricos que sustentavam o absolutismo monárquico, destacam-se Jacques Bossuet, Thomas Hobbes e Nicolau Maquiavel.

Segundo Thomas Hobbes, os governos absolutistas emergiam dos instintos naturais do ser humano, pelo medo da morte e para fazer cessar a constante disputa pelo poder. Não poderia haver ordem social sem a cessão de parte da liberdade dos indivíduos ao “Leviatã”, que deveria usar esse poder para limitar a tendência violenta e antissocial inata ao ser humano.

Na expressão de Jacques Bossuet, o poder totalitário dos monarcas seria um “direito divino dos Reis”, através do qual eles teriam poderes políticos amplos e irrestritos conferidos por Deus para comandarem os Estados e seus povos¹².

Nesse sentido, aduz Bossuet:

Três razões fazem ver que este governo é o melhor. A primeira, é que é o mais natural e se perpetua por si próprio... A segunda razão... é que esse governo é o que interessa mais na conservação do Estado e dos poderes que o constituem: o príncipe, que trabalha para seu Estado, trabalha para os seus filhos, e o amor que tem pelo seu reino, confundido com o que tem pela sua família, torna-se-lhe natural... A terceira razão tira-se das casas reais... A inveja, que se tem naturalmente daqueles que estão acima de nós, torna-se aqui em amor e respeito; os próprios grandes obedecem sem repugnância a uma família que viram sempre como superior e à qual não se conhece outra que a possa igualar... O trono real não é o trono de um homem, mas o trono do próprio Deus... Os reis... são deuses e participam de alguma maneira da independência divina. O rei vê de mais longe e de mais alto; deve acreditar-se que ele vê melhor, e deve obedecer-se-lhe sem murmurar, pois o murmúrio é uma disposição para a sedição. (*apud* FREITAS, s/d, p. 201).

Para Nicolau Maquiavel, “O Príncipe” deve sempre vencer para conservar o poder, sendo todos os meios que utilizar “honrosos e louváveis por todos” (2006, p. 107). Sua doutrina defende o exercício do poder político desprendido do conceito da ética, guiado pela máxima de que “os fins justificam os meios”.

Da conjugação desses raciocínios, autoriza-se o Príncipe a utilizar quaisquer métodos para enfrentar inimigos do Leviatã, já que detém um poder ilimitado conferido por Deus. Portanto, autorizam-se quaisquer métodos para que o monarca atinja seus objetivos, o qual pode tornar a repressão política, tortura e traição em seu favor como “políticas públicas”.

Por isso, o absolutismo foi uma ideologia a serviço da arbitrariedade e supressão de direitos individuais por parte dos governantes, os quais não estavam presos a nenhum ditame ético no exercício do poder.

¹² A primeira Constituição formal a contemplar o modelo absolutista foi a Kongeloven (Lei do Rei), do reino da Dinamarca-Noruega (1665). De acordo com o item II dessa lei: “O Rei deve de agora em diante ser reverenciado e considerado a mais perfeita e suprema na Terra por todos os indivíduos, estando acima de todas as leis humanas e não havendo nenhum juiz acima da Sua, tampouco em assuntos espirituais ou temporais, à exceção de Deus.” (tradução livre a partir da versão em inglês de EKMAN, 1957, p. 102-107). Original disponível em: <http://danskekonng.dk/kilder/kongeloven> (em dinamarquês). Acesso em 10/06/2013.

Com efeito, o ensaio histórico *Storia della colonna infame*, de Alessandro Manzoni (1785-1873), retrata a que a simples denúncia por dois corréus eram suficientes para que um Rei condenasse um acusado à pena capital nos países do “micro absolutismo¹³” italiano daquele período (VARVARO, 2011, p. 8).

Por outro lado, Furet atesta que a delação era considerada um ato infame e indigno para um *gentilhomme* na França, existindo grande aversão social à prática (*apud* DAL RI JUNIOR, 2009, p. 145).

1.1.5 Crítica à delação no Século das Luzes e a Revolução Francesa

A partir do Século XVIII, o absolutismo passou a ser questionado com mais veemência pela filosofia do iluminismo, nascida na Inglaterra. A proposta iluminista era reformar a sociedade utilizando a razão, desafiando ideias enraizadas na tradição e na fé e avançando no conhecimento humano através do método científico (KORS, 2003).

Segundo Kant,

[o] Iluminismo é a saída do homem da sua menoridade de que ele próprio é culpado. A menoridade é a incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação de outrem. Tal menoridade é por culpa própria se a sua causa não reside na falta de entendimento, mas na falta de decisão e de coragem em se servir de si mesmo sem a orientação de outrem. Sapere aude! Tem a coragem de te servires da tua própria razão! Eis a palavra de ordem do Iluminismo (Kant, 1989, p. 11).

Dentre os principais teóricos do iluminismo estão John Locke, Charles de Montesquieu e Jean-Jacques Rousseau, cujas ideias sustentam o conceito moderno de Estado Democrático de Direito.

Para John Locke, o poder soberano deveria ser legitimado pelos cidadãos. Seria irracional aos homens abdicar do direito de ser juiz em causa própria em favor de alguém que o manteve. Os governos deveriam ser legitimados pelo povo, os reais detentores do direito soberano.

Inspirado em John Locke, o Barão de Montesquieu publicou a obra “O Espírito das Leis”, na qual defendia que as leis deveriam ser editadas conforme a realidade social de um povo, detentor do interesse soberano.

¹³ Ekman (1957) crava essa expressão apoiado no fato de que a Itália desse período era constituída por diversos principados e reinos que adotavam o regime absolutista.

Além disso, o autor contesta a centralização de poder nas mãos de apenas uma autoridade, defendendo que deveria haver uma divisão tríplice entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, os quais deveriam ser independentes e harmônicos entre si. Dessa forma, pode haver um sistema de pesos e contrapesos (*checks and balances*) entre os Poderes, o qual daria aos cidadãos o sentimento de proteção contra atos arbitrários do Estado.

De acordo com Rousseau, o contrato social é originado pelo acordo de vontade entre indivíduos que objetivam formar uma sociedade. O Estado é decorrente de um pacto de associação dos indivíduos, que não devem ser submetidos a um poder absoluto.

No mesmo período, o marquês italiano Cesare Beccaria, lançou uma perspectiva humanista e racional sobre o Direito Penal na obra *Dei Delitti e Delle Pene*. O filósofo e jurista italiano se insurge contra as práticas penais desumanas do absolutismo, como a tortura, penas de morte, banimentos e acusações secretas.

Para Beccaria, o uso da delação premiada “torna os homens falsos e pérfidos. Aquele que suspeita um delator no seu concidadão vê nele um inimigo. Costuma, então, mascarar os próprios sentimentos. E o hábito de ocultá-los a outrem faz que cedo sejam dissimulados a si mesmos” (2001, p. 54).

O movimento cultural do Iluminismo rapidamente atravessou ao Canal da Mancha e se alastrou pela França. Em 1789, o descontentamento popular com as desigualdades sociais atingiu seu ápice: a população francesa iniciou uma Revolução, motivada pelos ideais iluministas e pelo sucesso da Revolução Americana¹⁴. Sob o lema *libertè, igualitè e fraternitè*, os revolucionários pretendiam pôr fim ao absolutismo e à sociedade com classes privilegiadas¹⁵.

A Revolução Francesa tem seu início simbólico com a tomada da Bastilha – prisão política e depósito de armas símbolo de poder do Rei Luís XVI. Uma das primeiras medidas tomadas pelos revolucionários foi a promulgação da *Déclaration des*

¹⁴ O auxílio francês (eterno inimigo dos ingleses) foi essencial para que os EUA vencessem a guerra contra a Inglaterra na Revolução Americana. Por outro lado, o capital investido nesse conflito agravou consideravelmente a condição econômico-social da França, o que também contribuiu para a eclosão da Revolução Francesa.

¹⁵ A Revolução Francesa é também um importante marco para a filosofia de Immanuel Kant, o qual não conseguiu aceitar essa resistência ao poder soberano. O filósofo acreditava que a Revolução Francesa teria ocorrido por um erro de julgamento do próprio Rei Luís XVI. Ao convocar a Assembleia Nacional para resolver o problema do déficit público, o Rei possibilitou ao povo “iluminado” sentir o exercício da soberania, o que provocou o surgimento da res publica. Sobre o tema, cf. FONSECA, Thiago. Kant e a Revolução Francesa: Direito de Resistência e Entusiasmo. Salvador: 2010.

Droits de l'Homme et du Citoyen, um dos documentos com maior influência nos ordenamentos jurídicos modernos.

O documento [era] tão freneticamente ajambrado era espantoso na sua impetuosidade e simplicidade. Sem mencionar nem uma única vez rei, nobreza ou igreja, declarava que ‘os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem’ são a fundação de todo e qualquer governo. Atribuía a soberania à nação, e não ao rei, e declarava que todos são iguais perante a lei, abrindo posições para o talento e o mérito e eliminando implicitamente todo o privilégio baseado no nascimento. Mais extraordinária que qualquer garantia particular, entretanto, era a universalidade das afirmações feitas. As referências a "homens", "homem", "todo homem", "todos os homens", "todos os cidadãos", "cada cidadão", "sociedade" e "toda sociedade" eclipsavam a única referência ao povo francês. (HUNT, 2009, p.14)¹⁶.

Mas no período que se seguiu, o temor social – causado tanto pela coalizão externa que havia declarado guerra aos revolucionários quanto pela ameaça reacionária dentro país – fez com que o governo dos jacobinos suspendesse a recém-promulgada Constituição e desrespeitasse aos Direitos do Homem e do Cidadão.

Sob o comando de Maximilien de Robespierre, tinha início o mais sangrento massacre da Revolução Francesa. Nesse momento histórico, que ficou conhecido como Período do Terror, imperavam os sentimentos de medo e conspiração na França. As mais espúrias técnicas do *Ancien Regime* foram importadas, com o uso da tortura para obter a confissão dos inimigos da Revolução, os quais eram sumariamente condenados à execução na guilhotina.

Com a Lei dos Suspeitos, aprovada em 17 de setembro de 1793, foi determinada a prisão imediata de todos que fossem declarados inimigos do Estado. O conceito de inimigo do Estado era bastante amplo, atingindo todos aqueles que “seja por sua conduta, seja por suas relações por suas palavras ou escritos, se mostraram partidários da tirania e do federalismo e inimigos da Liberdade” (ALVES, 2012, p. 68).

Em 15 de novembro de 1793, a mais obsessiva estratégia penal do Período do Terror foi implementada. Os cidadãos foram investidos no dever de denunciar quaisquer conspirações à Revolução, ainda que para isso tivessem que trair um amigo ou parente próximo. Esse era o único modo de assegurar a existência da República revolucionária em detrimento do Absolutismo (DAL RI JÚNIOR *et. al.*, 2009, pp. 113-114).

A comissão engaja cada uma das sociedades, cada um dos indivíduos que a lerão, a se deixar penetrar pelo espírito por ela ditado; mas ela os adverte ao

¹⁶ O estudo realizado Lynn Hunt em “A invenção dos Direitos Humanos” conclui que, nesse período histórico, os direitos que antes eram tidos como pertencentes exclusivamente ao povo que os declarava passaram a ser vistos como universais. Visando explicar essa mudança social, a autora não se furta em levantar a hipótese da influência positiva gerada pelos romances epistolares e que teria gerado uma sensibilidade moderna e uma empatia pelos semelhantes.

mesmo tempo de que, tendo indicado o objetivo ao qual devem se encaminhar, não pretende prescrever a eles os limites onde devem se deter. Tudo é permitido para aqueles que agem no espírito da revolução; não existe perigo maior para o republicano do que ficar para trás das leis da república. Todo aquele que os previne, os antecipa; todo aquele que aparentemente ultrapassa o objetivo, frequentemente ainda não o atingiu (...). É aqui que devem se desfazer todas as considerações, as ligações individuais. É aqui que a voz do sangue se cala diante da voz da pátria. Vós residis em cada país que uma rebelião infame maculou. E bem! Cidadãos magistrados do povo, é necessário que todos os que concorreram de uma maneira direta ou indireta à rebelião percam as suas cabeças sobre um cadafalso. É a vez de vocês os colocarem nas mãos da vingança nacional. (in DAL RI JÚNIOR *et. al.*, 2009, p. 144).

Com essa política, pode-se afirmar que a sociedade francesa seguiu o postulado de Beccaria: os homens se tornaram falsos e pérfidos, desconfiados de seus concidadãos e escondendo seus sentimentos, de modo a tornarem-se todos dissimulados.

Esse período sombrio teve fim no dia 28 de julho de 1794, quando Robespierre e seus correligionários foram presos acusados de trair os propósitos da Revolução Francesa. O jornal *Lê Moniter Universel* noticia os fatos que se seguiram após a prisão dos acusados:

Lê Bas se matou: Robespierre e Couthon tinham tentando escapar pelo mesmo meio à vingança do povo; mas considerando que estavam só feridos, não puderam fugir ao suplício mais terrível e mais infame reservado aos traidores. À tarde do dia 10 suas cabeças caíram no patíbulo entre as aclamações e os gritos mil vezes repetidos de “Viva a República! Viva a Convenção!”. Exemplo memorável para quem ousasse, de agora em diante, atentar contra a soberania nacional! Dia glorioso! Que viu desvanecer num instante todas as esperanças dos déspotas aliados! Que espetáculo sublime a humanidade enérgica da Convenção Nacional! E como deveriam estar assustados os agitadores, diante do comportamento inflexível do povo parisiense e da adesão espontânea de todos os cidadãos à Convenção! Esta revolução, que mudou a fisionomia da nação, decretará a morte de todos aqueles que forem tentados a ameaça-la e aviltá-la (*Lê Moniter Universel in SIMON*, 2006, p. 80).

Com o final da Revolução Francesa, o militar Napoleão Bonaparte foi preso por estar associado aos revolucionários. Após duas semanas em prisão domiciliar, foi liberado e convidado para elaborar planos de guerra para o país.

Os sucessos militares de Napoleão, em especial na campanha do Egito, o fizeram rapidamente ganhar popularidade no país. No dia 9 de novembro de 1799, o general Napoleão Bonaparte chegou ao poder mediante um Golpe de Estado (Golpe de 18 Brumário¹⁷) e assumiu o poder do Estado francês.

¹⁷ A Revolução Francesa também implantou novo calendário, composto de doze meses de trinta dias, compostos por três semanas tinham 10 dias. Os meses eram denominados: Vindemiário, Brumário, Frimário, Nivoso, Pluvioso, Ventoso, Germinal, Floreal, Pradial, Messidor, Termidor e Frutidor.

Ato contínuo, autoproclamado Imperador iniciou um ambicioso projeto de expansão e conquista territorial que modificou profundamente o mapa político da Europa e teve consequências até no Brasil¹⁸.

Napoleão se baseou na obra “O Príncipe” para desenvolver sua estratégia militar, fazendo comentários e críticas aos ensinamentos do italiano Maquiavel¹⁹.

Além disso, não hesitou em usar a delação premiada a seu favor. No dia 15 de fevereiro de 1804, fez um acordo de delação com um militar que tinha informações a respeito de uma conspiração contra sua vida em troca de 300 mil francos (GUIMARÃES NETO, 1974, p. 155).

Apesar das diversas batalhas e guerras causadas por Napoleão Bonaparte, o general francês deixou contribuições notáveis para os Estados contemporâneos, como a ruptura do laço entre Estado e Igreja e a codificação das leis no Código Napoleônico, de crucial importância para os ordenamentos jurídicos da *civil law*.

1.1.6 Negociação com acusados em processo criminal

O conceito moderno de delação premiada começou a se delinear no final do Século XIX nos países que adotam o sistema jurídico da *common law*. Com a explosão das demandas judiciais e com o desenvolvimento das garantias do sistema acusatório, os processos criminais passaram a se tornar bastante complexos e demorados. Para dar mais celeridade ao sistema de justiça americano, foi criado um sistema judicial alternativo (*non trial procedure*²⁰), denominado *plea bargaining*.

Nesse sentido, expõe Alschuler:

No final do Século XVIII, o procedimento ordinário de júri na *common law* era centrado no julgamento e não havia a presença de um advogado. O procedimento era conduzido tão rapidamente que a *plea bargaining* era desnecessária. Depois disso, o crescimento do sistema acusatório e a lei das

¹⁸ O Bloqueio continental foi uma imposição de Napoleão Bonaparte que tinha o intuito de proibir o comércio com a Inglaterra. Portugal, importante aliado inglês, não respeitou a essa determinação, pelo que Napoleão invadiu o país e provocou a fuga da Família Real ao Brasil em 1808.

¹⁹ MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe** – comentado por Napoleão Bonaparte. São Paulo: Martin Claret, 2007.

²⁰ Ao contrário do Brasil, naquele país, todos os casos criminais são submetidos a um júri. Além disso, o promotor tem alto grau de discricionariedade sobre o exercício da ação penal.

provas injetaram uma vasta complexidade no procedimento²¹. (*apud* LANGBEIN, 1979, p.3-4) (em inglês no original).

No *plea bargaining*, o promotor oferece ao réu a possibilidade de celebrar um acordo que envolve sua confissão na conduta em troca da redução nas penalidades aplicáveis ou da desqualificação da infração cometida.

Segundo Bloch *et. al.* (2008, p. 27), são três os acordos típicos da *plea bargaining* em processo criminal: i) o Estado compromete-se a remover algumas das acusações contra o réu confesso. ii) concorda-se em recomendar, ou não se opor, ao pedido do réu para uma condenação em particular, iii) o promotor e o defensor concordam em uma condenação específica que será apresentada em juízo.

Como se vê, o objetivo precípua da *plea bargaining* é conferir maior celeridade à prestação jurisdicional, ficando em segundo plano a intenção de dismantelar organizações criminosas ou solucionar crimes cometidos em concurso de agentes.

No período que se seguiu, durante as Grandes Guerras Mundiais, a delação premiada foi uma importante técnica militar, bastante utilizada no conflito e nos regimes totalitários da Europa. No stalinismo, chegou-se ao máximo da denúncia premiada ao erguerem-se estátuas ao menino Pavlik Morozov, condecorado e elevado a herói porque denunciara o pai, que estava traíndo os ideais socialistas (SARNEY, 2005).

A partir da segunda metade do Século XX, os países que adotam a *civil law* começaram a incorporar a delação premiada a seus ordenamentos jurídicos para o combate ao terrorismo organizado, com pioneirismo da Itália.

No dia 6 de fevereiro de 1980, entra em vigor a Lei Cossiga²², que trazia um sistema de delação premiada para combater ataques terroristas²³. Em seguida, a lei italiana nº 29 de maio de 1982, n. 304, “Medidas para a defesa do ordenamento constitucional” (*Misura per la difesa dell’ordinamento costituzionale*) delineou dois sistemas de delação premiada.

²¹ Original: *As late as the eighteenth century, ordinary jury trial at common law was a judge-dominated, lawyer-free procedure conducted so rapidly that plea bargaining was unnecessary. Thereafter, the rise of adversary procedure and the law of evidence injected vast complexity*

²² A lei 6 de fevereiro 1980 n. 1, que autorizava a prisão sem mandado judicial por suspeição, ficou conhecida pelo nome do ex-primeiro ministro italiano, Francesco Cossiga.

²³ O italiano Pietro Mutti fez uso dessa lei para acusar o ex-ativista italiano Cesare Battisti de ser o responsável pelos assassinatos realizados pelo grupo Proletários Armados pelo Comunismo (PAC) na Itália. Mais em: NASSIF, Maria Inês. Um bode expiatório conveniente à Itália *in* Valor Econômico, 22 de janeiro de 2009.

No sistema da *dissociazione*, o criminoso se esforça para impedir ou diminuir as consequências de seus crimes, pelo que podem obter uma redução de um terço nas penas.

Na *collaborazione*²⁴, os arrependidos (*pentiti*) confessam seus crimes e ajudam a autoridade policial na colheita de provas decisivas para a individuação e captura de um ou mais coautores dos crimes cometidos. Quando a veracidade de suas denúncias é comprovada, podem conseguir a extinção da punibilidade e, tanto o colaborador quanto os parentes próximos, passam a receber salário, moradia e plano de saúde do Estado, que se torna responsável por sua integridade física (SILVA *apud* KOBREN, 2003).

A progressiva difusão do *pentitismo* promoveu a multiplicação do arrependimento oportunista e instrumental, realizado de maneira induzida com vistas à promessas de sentenças reduzidas. Nesse sentido, a introdução de Leonardo Sciascia à obra *Storia della Colonna Infame*, destaca as diversas similitudes entre a promessa de anistia do *pentitismo* e a tortura do sistema absolutista (GUZZO, s/d).

O sucesso alcançado com o *pentitismo* provocou a (re)incorporação da política de delação premiada em diversos ordenamentos jurídicos, como na Espanha, Alemanha, França e Brasil.

²⁴ No original: “Art. 3. Salvo quanto disposto dall'articolo 289-bis del codice penale, per i reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale la pena dell'ergastolo è sostituita da quella della reclusione da dieci a dodici anni e le altre pene sono diminuite della metà, ma non possono superare, in ogni caso, i dieci anni, nei confronti dell'imputato che, prima della sentenza definitiva di condanna, tiene uno dei comportamenti previsti dall'articolo uno, primo e secondo comma, rende piena confessione di tutti i reati commessi e aiuta l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura di uno o più autori di reati commessi per la medesima finalità ovvero fornisce comunque elementi di prova rilevanti per la esatta ricostruzione del fatto e la scoperta degli autori di esso.

Quando i comportamenti previsti dal comma precedente sono di eccezionale rilevanza, le pene sopraindicate sono ridotte fino ad un terzo.

Quando ricorrono le circostanze di cui ai precedenti commi non si applicano gli articoli 1 e 4 del decreto-legge 15 dicembre 1979, n.625, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 6 febbraio 1980, n. 15”.

1.2 A delação premiada em *terrae brasilis*

A primeira experiência brasileira com a delação premiada decorreu das Ordenações Filipinas (ou Código Filipino)²⁵, que vigoraram no Brasil devido à União Ibérica²⁶.

O Título VI do "Código Filipino", que definia o crime de "Lesá Magestade" (sic), tratava da "delação premiada" no item 12; o Título CXVI, por sua vez, cuidava especificamente do tema, sob a rubrica "Como se perdoará aos malfeitores que derem outros á prisão" e tinha abrangência, inclusive, para premiar, com o perdão, criminosos delatores de delitos alheios." (JESUS, 2005, p. 1).

Na vigência dessa lei, ocorreu o caso de delação premiada mais relevante na história do Brasil: a denúncia que pôs fim ao movimento da Inconfidência Mineira.

Influenciada pelos ideais iluministas, a elite mineradora de Minas Gerais pretendia se rebelar contra os altos impostos cobrados pela Coroa portuguesa. Os revolucionários visavam a declarar a Independência da região quando Portugal fosse realizar a próxima cobrança compulsória da derrama²⁷.

No entanto, o movimento foi delatado por Joaquim Silvério dos Reis o qual solicitou, em troca, o perdão de suas dívidas pessoais com Portugal. Os inconfidentes foram presos e apenas Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, foi executado, no dia 21 de abril de 1794²⁸.

Naquele período, a delação também era bastante utilizada como instrumento para localizar escravos foragidos. Na cidade de São Lourenço do Sul-RS, o parque histórico General Bento Gonçalves conserva um cartaz original de "Procura-se" de um escravo:

Fugiu por segunda vez o escravo crioulo de nome Ricardo, preto de vinte e tantos annos de propriedade de Querino José Lopes FILHO, DE BELLEM.
O MOTIVO DA FUGA FOI ELE FURTADO RÉIS 200\$000AO SEU SENHOR COM O INTENTO DE LIBERTAR-SE.
GRATIFICA-SE A QUE O AGARRAR E LEVAR A CADÊA.

²⁵ As Ordenações Filipinas (ou Código Filipino) foram uma compilação de leis realizada pelo Rei Filipe II, da Espanha. Esta compilação de leis, que substituiu as Ordenações Manuelinas, vigorou desde a União Ibérica até Proclamação da Independência do Brasil, quando foi paulatinamente sendo substituída pela legislação nacional.

²⁶ A União Ibérica foi a unidade política da Península Ibérica (Portugal e Espanha) entre 1580 e 1640, resultado da união de duas dinastias após a Guerra da Sucessão Portuguesa.

²⁷ A derrama era um imposto compulsório cobrado da população caso os impostos incidentes sobre a atividade mineradora durante o ano não atingisse a quota de 100 arrobas de ouro (1.500kg).

²⁸ Tiradentes era o único dos inconfidentes que não pertencia à nobreza. Por isso, foi executado para coagir o povo a não intentar novas revoltas. Desde 1950, comemora-se em 21 de abril o feriado de Tiradentes, que foi alçado à categoria de mártir republicano depois de 100 anos de sua morte.

O CONSERVADOR 08/01/1883 (in COSTA, 2008, p. 14).

Após a Proclamação da República, a delação premiada caiu em desuso no país.

O instrumento foi recuperado no período pós-Vargas e no Golpe Militar de 1964 para identificar conspiradores contrários ao regime e comunistas. Durante a Ditadura, diversas violações de direitos humanos foram cometidas contra os acusados pelo Estado, os quais eram torturados para que denunciassem seus cúmplices²⁹.

Depois da redemocratização do Brasil, em 1988, a caótica situação do sistema penal e a influência do *diritto penale* italiano justificaram a reincorporação da delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro, solução tida como emergencial para o problema da criminalidade.

Em 1990, a lei nº 8.072 regulamentou o disposto no art. 5º, XLII³⁰ da Constituição Federal ao definir os crimes considerados hediondos, os quais são inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia. Em seu art. 7º, a lei 8.072 incluiu a seguinte disposição no Código Penal:

Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços (art. 159, § 4º, Código Penal).

Em outras palavras, essa delação premiada ocorre “quando se realiza o interrogatório de um corréu e este, além de admitir a prática do fato criminoso do qual está sendo acusado, vai além e envolve outra pessoa, atribuindo-lhe algum tipo de conduta criminosa, referente à mesma imputação” (ARANHA *apud* GUIDI, 2006, p. 98).

Desde então, diversas leis do país consagraram políticas de delação premiada, como a Lei 8.137/90 (crimes contra ordem tributária, econômica e contra relações de consumo), a Lei n. 9.034/95 (organizações criminosas), a Lei n. 9.613/98 (lavagem de dinheiro) e a Lei 12.529/11 (política de leniência no direito concorrencial).

No entanto, a ausência de sistematização da delação premiada no Brasil confere pouca previsibilidade e segurança jurídica aos interessados em colaborar com o Estado (SILVA, 2010, p. 2). Isso ocorre porque não existe uma disciplina rígida para o instituto,

²⁹ A Comissão Nacional da Verdade, criada pela Lei n. 12.528/11, foi instituída para investigar violações de direitos humanos ocorridas entre 1946 e 1988 no Brasil.

³⁰ “A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e **os definidos como crimes hediondos**, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem” (art. 5, XLIII, Constituição Federal) (grifou-se).

que é positivado em diversas leis esparsas e com procedimentos pouco definidos, o que prejudica a consolidação do instrumento no combate ao crime organizado.

Recentemente, no dia em 22/04/2013, foi publicado o acórdão da Ação Penal 470, julgada no ano anterior pelo Supremo Tribunal Federal. O escândalo que ficou conhecido como “Mensalão” foi, nas palavras do Procurador-Geral da República, Roberto Gurgel, “o mais atrevido e escandaloso esquema de corrupção e de desvio de dinheiro público flagrado no Brasil³¹”.

Esse caso teve início em 14/05/2005 através da denúncia de Roberto Jefferson a respeito dos pagamentos recebidos por deputados e senadores da República. Na dosimetria de sua pena, Jefferson foi agraciado com uma redução de 1/3 de suas penalidades em razão da delação premiada.

1.3 A delação premiada no combate a cartéis

A introdução da delação premiada na legislação de defesa da concorrência ocorreu em 1978, quando a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos criou a *Corporate Leniency Policy* (Política de Leniência Corporativa) para combater cartéis.

O cartel é um acordo ilegal entre concorrentes, no qual negociam aumentos de preço, limites às cotas de produção ou divisões do mercado, com o objetivo de aumentar o lucro dos partícipes em detrimento do consumidor. É, portanto, uma forma de “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”, infração hodiernamente constante no art. 36, I, da Lei 12.529/11 (equivalente ao art. 20, I, da Lei 8.884/94).

Então, “essas práticas têm como última consequência um agravamento dos preços e uma diminuição das possibilidades de escolha por parte dos consumidores” (Comissão Europeia, Normativa 96/C 207/04). Segundo estimativas da OCDE, os cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10 e 20% comparado ao preço de um mercado competitivo (*apud* Ministério da Justiça, 2008a, p. 7).

³¹ Constante à fl. 125 do acórdão. A íntegra do acórdão, com 8.405 páginas pode ser encontrada em: <http://s.conjur.com.br/dl/ap470.pdf> Em razão da denúncia do esquema de pagamentos a deputados e senadores, Roberto Jefferson obteve a redução de 1/3 nas penalidades que lhe foram cominadas.

De acordo com a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), os cartéis clássicos (*hard-core*) são as mais sérias e nocivas violações à ordem econômica.

Em regra, os conspiradores não costumam deixar evidências dessa prática colusiva, pois limitam, destroem ou camuflam a existência do cartel. Por isso, o principal desafio no combate aos cartéis é justamente a sua detecção.

Por essa dificuldade, a delação premiada foi introduzida no direito concorrencial em 1978. A *Corporate Leniency Policy* oferecia ao participante do cartel a possibilidade de ter reduzidas suas penalidades pela participação em conluio anticoncorrencial mediante a denúncia de participação em uma infração e a nomeação de seus consortes.

Essa primeira experiência com a delação premiada teve resultados bastante inexpressivos, com apenas dezessete acordos celebrados em dezesseis anos. Segundo Griffin (2003), a principal razão para esse fracasso foi a excessiva discricionariedade conferida à Divisão Antitruste do DOJ, o que deixava os potenciais lenientes inseguros.

Em agosto de 1993, a *Corporate Leniency Policy* foi completamente reestruturada, dando origem ao *Amnesty Corporate Program* (Programa de Anistia Corporativa). Dentre as principais alterações do novo programa, destacam-se: a) a concessão de imunidade automática para denúncias ocorridas antes do início das investigações; b) a possibilidade de delação mesmo após o início das investigações quando a autoridade não dispuser de provas suficientes para condenação; e, c) inclusão de anistia criminal aos funcionários, diretores e empregados que cooperarem com a autoridade de defesa da concorrência³².

A diferença nos resultados é impressionante: a média das denúncias realizadas, que era de uma por ano, disparou para mais de uma por mês.

Inspirado no programa estadunidense, a Comissão Europeia adotou sua primeira política de leniência em 1996. Porém, essa primeira versão da “Comunicação da Comissão sobre a não imposição ou redução de multas em casos de cartel” não garantia de forma clara e objetiva as imunidades que seriam conferidas à primeira empresa que denunciasse o cartel.

Tampouco se observou, na prática, uma redução substancial das penas dos denunciantes. Por isso, muitos potenciais lenientes deixaram de fazer denúncias, por

³² Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>. Acesso em 16/02/2013.

não encontrarem segurança jurídica tampouco jurisprudência favorável à realização de uma denúncia (ARP; SWAAK, 2002, p. 59).

Em 2002, o programa de leniência do velho continente se tornou “mais leniente” ao garantir a leniência ao primeiro denunciante de um cartel, introduzir um sistema de redução de penalidades escalonado para os denunciados que cooperassem significativamente com a investigação depois da primeira denúncia e ao retirar a restrição da leniência ao líder do cartel. (Comissão Europeia, 2002/C 45/03).

Como consequência do sucesso alcançado por essas experiências, reforçado pelas recomendações da OCDE³³, diversos países adotaram políticas de leniência no direito concorrencial.

No Brasil, o acordo de leniência foi introduzido pela Lei 10.149/00, que incluiu o programa de leniência na Lei 8.884/94. Nessa primeira experiência, a competência para celebração do acordo cabia à Secretaria de Direito Econômico (SDE).

Em 29 de maio de 2012, entrou em vigor a Lei 12.529/11, que reestruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a política de leniência brasileira.

1.4 Críticas à adoção de políticas de delação premiada

A doutrina tem uma postura bastante crítica quanto à utilização da delação premiada nos ordenamentos jurídicos. As críticas são tão contundentes que alguns autores chegam a denominá-la “extorsão premiada³⁴”.

A delação premiada permite que um malfeitor se beneficie duas vezes de sua própria torpeza, na medida em que pratica o ato criminoso e trai os cúmplices, não sendo, ao final, penalizado como os demais. Premia-se uma cooperação eficaz do infrator, de quem não se exige nenhuma postura moral de efetivo arrependimento, apenas outra atitude eticamente condenável, a traição.

³³ Em fevereiro de 2000, após uma discussão no Core Learning Partnership da OECD, emergiu a seguinte recomendação: “O desafio em atacar cartéis hard-core é penetrar na sua cúpula secreta. Para estimular um membro de cartel a confessar e denunciar outros coautores com provas da organização clandestina, a agência de defesa da concorrência pode prometer redução nas penalidades, sentenças amenas ou até mesmo a completa anistia”. (OECD, 2002, p. 67) (tradução livre).

³⁴ De acordo com Moreira (2003, p.2), essa expressão é de autoria do advogado e político José Carlos Dias. Para uma visão crítica no sentido da “extorsão premiada”, ver BAPTISTA, 2010.

Questiona-se também o tratamento “dúplice” da traição no ordenamento jurídico: no Código Penal, a traição é elencada como circunstância genérica agravante de qualquer crime³⁵; na delação premiada, a traição é uma circunstância capaz de amenizar, ou até mesmo extinguir, a pena.

Para Luigi Ferrajoli, a legitimação da negociação com os “arrepentidos” corrompe a jurisdição, os procedimentos, os métodos de investigação; em última análise, leva à perda de legitimação política da autoridade (2010, p. 608). A consagração dessa lógica negocial transforma o processo “num mercado persa, no seu sentido mais depreciativo” (LOPES JÚNIOR, 2005, p. 135).

Segundo Moreira, a delação premiada é a institucionalização da falta de ética na sociedade com o patrocínio do Estado.

‘[É] tremendamente perigoso que o Direito Positivo de um país permita, e mais que isso incentive os indivíduos que nele vivem à prática da traição como meio de se obter um prêmio ou um favor jurídico’. (...) Se considerarmos que a norma jurídica de um Estado de Direito é o último reduto de seu povo, (...) é inaceitável que este mesmo regramento jurídico preveja a delação premiada em flagrante incitamento à transgressões de preceitos morais intransigíveis que devem estar, em última análise, embutidos nas regras legais exurgidas do processo legislativo.” Continua, ainda, afirmando que “a traição demonstra fraqueza de caráter, como denota fraqueza o legislador que dela abre mão para proteger seus cidadãos. (*apud* CAVALCANTI, 2009)

Outra crítica da doutrina diz respeito à inconstitucionalidade da delação premiada face ao sistema acusatório e aos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil.

[O] Estado, visando privilegiar um direito penal mínimo e garantista, preservando as garantias individuais postas na Constituição Federal, não pode incentivar, premiar condutas que ofendam a ética, ainda que ao final a sociedade se beneficie dessa violação. Em outras palavras, num Estado que proclame pelos ideais da democracia, os fins jamais poderão justificar os meios, mas justamente são estes que emprestam legitimidade àqueles. (BAPTISTA, 2010, p. 3).

Nessa perspectiva, sob a justificativa de conferir maior efetividade à política criminal, o Estado atropela princípios ético-morais, no melhor retrato da filosofia de Nicolau Maquiavel.

³⁵ Art. 61, Código Penal: São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (...)

II - ter o agente cometido o crime: (...)

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

A nosso ver, a pertinência dessas críticas é atenuada quando se trata da política de delação premiada para detecção de cartéis. É que no mais das vezes, a delação premiada penal ocorre após a identificação de um infrator, ou seja, a Autoridade já tem conhecimento da infração e tem alguma prova contra os suspeitos. Já no programa de leniência, a autoridade comumente não possui qualquer conhecimento da infração noticiada ou tem pouquíssimas evidências de seu cometimento.

A política de leniência apresenta uma vantagem dúplice: a) possibilita o descobrimento de infrações que dificilmente seriam detectadas de outra maneira – dando maior efetividade ao princípio da livre concorrência e, b) conta com o auxílio do leniente nas investigações, o qual entrega provas e ajuda a identificar os demais coautores da infração.

De uma política de leniência bem estruturada, pode-se esperar a desistência e dissuasão de cartéis, aumentando a competitividade no mercado. Um programa de leniência traz também uma redução substancial nos custos dispendidos pelo processo que vai da detecção do cartel até a condenação dos envolvidos. Além disso, eliminam-se os riscos processuais de uma eventual absolvição diante da confissão do cometimento da infração.

Em última análise, os principais ganhos trazidos pela leniência são do ponto de vista da efetividade da repressão às infrações antitruste e da economia processual.

Sem destoar, leciona Silva:

[M]algrado o questionamento sobre a moralidade do instituto, hodiernamente dupla é a sua vantagem: permite ao Estado quebrar licitamente a lei do silêncio que envolve as organizações criminosas, assim como colaborar para o espontâneo arrependimento de investigado ou acusado (1999, p. 5).

Em que pese resistir o conflito ético pela recompensa à traição no programa de leniência, tem-se que o valor social gerado por si supera o desvalor gerado pela subpunição de um dos infratores.

2. LEGISLAÇÃO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

2.1. A Defesa da Concorrência

O surgimento da legislação de Defesa da Concorrência está atrelado às modificações estruturais provocadas pela Segunda Revolução Industrial no final do Século XIX. O desenvolvimento das indústrias de base (aço, petróleo etc.) promoveu uma melhora nas técnicas de industrialização que levou ao aumento das escalas de produção, o que demandou maior concentração de capital e, em última análise, promoveu a criação de corporações com grande poder econômico.

Pela primeira vez na história da humanidade, o capital estava concentrado nas mãos de organizações privadas, que detinham o poder de exercer pressão unilateral no mercado em detrimento do consumidor.

Na economia da época, diversos mercados passaram a ser compostos por uma única grande firma (monopólio) ou por poucas firmas de grande porte (oligopólios), as quais tinham condições de controlar a oferta e estabelecer os preços de produtos ou serviços, alterando unilateralmente o ponto de equilíbrio do mercado.

2.1.1 Estados Unidos

No final do Século XIX, as corporações dos Estados Unidos começaram a usar um acordo denominado *trustee certificates*³⁶. Através desse acordo, diversos concorrentes transferiam seu poder decisório a um único agente econômico, que promovia um emparelhamento das estratégias visando a melhores lucros em prejuízo dos consumidores.

O clamor popular contra esse abuso de poder econômico chegou ao Congresso norte-americano, o qual promulgou, em 1890, uma das mais importantes legislações de

³⁶ Segundo Carvalhosa (*apud* FORGIONI, pp. 69-70), “caracteriza-se o truste pela transferência de capitais e valores econômicos de uma determinada pessoa física ou jurídica, que tem como objetivo gerir e administrar aqueles capitais e valores; exerce esta última o papel de agente fiduciário, *trustee*, cabendo-lhe, com plena autonomia, aplicar tais bens e valores da melhor forma, no interesse do agenciador. Ao *trustee* cabe a direção, de maneira uniforme, do conjunto de negócios que lhe são confiados”.

defesa da concorrência da atualidade: o *Sherman Act*³⁷. De uma maneira geral, essa lei proibiu quaisquer combinações que restringissem o comércio, bem como considerou ilegal o monopólio, a tentativa de monopolização ou a combinação entre concorrentes para fraudar a livre concorrência.

No *Sherman Act*, adotou-se uma postura bastante conservadora quanto às definições de infração à ordem econômica, deixando grande margem para interpretação. Por isso, sua adoção causou bastante insegurança jurídica nos agentes econômicos do mercado, que estavam sujeitos à excessiva discricionariedade dos Tribunais.

Diante das críticas nesse sentido, a legislação concorrencial norte americana foi bastante alterada em 1914. Em setembro, instituiu-se a *Federal Trade Commission* com a função específica de investigar e julgar infrações contra a ordem econômica; no mês seguinte, o *Clayton Act* definiu de maneira mais clara as normas de defesa da ordem econômica e as condutas proibidas aos agentes de mercado.

O *Clayton Act* também foi importante por introduzir uma *qualifying clause* no direito concorrencial, segundo a qual as operações ou condutas deveriam ter o condão de afetar substancialmente a concorrência ou favorecer a criação de monopólios para se sujeitarem ao controle da autoridade de defesa da concorrência. (FOX E SULLIVAN *apud* FORGIONI, 2012, p. 73).

A partir de 1945, no contexto pós-Segunda Guerra Mundial, dois modelos econômicos passaram a disputar a supremacia econômica e militar do planeta: o capitalismo dos Estados Unidos e o socialismo da União Soviética³⁸.

Para consolidar seu modelo econômico e conter a expansão do socialismo, os Estados Unidos introduziram no cenário internacional a política da Doutrina Truman³⁹. Dentro dessa política, destacou-se o Plano Marshall, através do qual os norte-americanos forneceram empréstimos para os países capitalistas devastados pela Segunda Guerra Mundial. A efetividade dessa política fez com que os países “aliados” obtivessem um elevado crescimento econômico nas décadas que se seguiram.

³⁷ O Canadá foi pioneiro na edição da legislação concorrencial quando implantou, em 1889, o Act for the Prevention and Supression of Combinations Formed in Restraints of Trade.

³⁸ Em linhas gerais, o capitalismo tem o Estado mínimo, a liberdade de concorrência e a livre iniciativa como seus fundamentos. O socialismo, por sua vez, caracteriza-se pela concentração de poder econômico nas mãos do Estado, o qual detém o monopólio da exploração das atividades econômicas.

³⁹ Essa Doutrina herdou o nome do presidente americano responsável por sua implementação, Harry S. Truman (1884-1972).

Com isso, o poder de influência econômica dos grupos capitalistas cresceu vertiginosamente, pelo que os Estados Unidos sentiram a necessidade de editar regulamentações mais restritivas quanto às concentrações das estruturas.

Em 1950, o *Cellar-Kefauver Act* intensificou a regulamentação de defesa da concorrência, incluindo proibição de aquisição de ativos por empresas concorrentes e o controle de atos de concentração vertical (mercados à jusante/montante).

Em 1976, o *Hart-Scott-Rodino Improvement Act* alterou o momento de notificação de alguns atos de concentração, os quais deviam ser previamente notificados à autoridade antitruste, o que introduziu o conceito de controle preventivo de estruturas.

Essas políticas e instituições foram posteriormente adotadas “em vários países industrializados, mas não como meras reproduções acríticas do modelo norte-americano.”, mas “em versões adaptadas às suas especificidades sociais, culturais, institucionais e à forma e intensidade do aprofundamento de seu desenvolvimento capitalista” (ANVERSA, 2004, p. 32).

2.1.2 Europa

Na história de formação do mercado comum europeu, a competição sempre foi um elemento essencial. A legislação comunitária sempre buscou evitar o estabelecimento de discriminações entre os componentes do bloco pela supressão de barreiras alfandegárias, proibição de monopólios e repressão ao abuso de poder econômico.

As primeiras noções da política da concorrência foram traçadas em 1951 com a assinatura do Tratado de Paris, que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA).

Em 1957, seis países europeus assinaram o Tratado de Roma⁴⁰, no qual se estabeleceu a ausência de barreiras alfandegárias, a livre circulação de produtos

⁴⁰ O Tratado de Roma é composto por dois acordos que foram celebrados entre Alemanha, França, Itália, Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo, a saber: o Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia (CEE) e o Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia da Energia Atômica (Euratom).

agrícolas, a proibição de monopólios e medidas protecionistas em detrimento a países de fora do bloco⁴¹.

Em 1986 o Tratado de Roma foi ampliado pelo Ato Único Europeu, que determinou a completa ausência de barreiras no mercado comum europeu, assegurando-se a livre circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais.

Posteriormente, o Tratado de Maastricht (1992) consolidou toda legislação comunitária, dando origem ao denominado Tratado da Comunidade Europeia (TCE). A “Comunidade Europeia” busca formar um mercado comum com espaço com igualdade de oportunidade para todos os membros, para que possam se desenvolver e fazer frente aos grandes competidores do capitalismo extracomunitário (ANVERSA, 2004, pp. 44-46).

Na versão atual do TCE⁴², a redação do Capítulo I, do Título VI, dispõe as regras da concorrência no mercado comum europeu:

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

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

Atualmente, a política antitruste da comunidade europeia é guiada pela Direção Geral de Concorrência (órgão da Comissão Europeia), a qual tem competência para editar regulamentações em matéria de concorrência, apreciar o controle de estruturas e reprimir as infrações de mercado.

⁴¹ Além disso, foram criados diversos organismos comunitários como a Comissão, o Conselho e o Parlamento Europeu (funções legislativas) e a Corte de Justiça Europeia (com função jurisdicional).

⁴² Disponível em: <http://www.ecb.int/ecb/legal/pdf/ce32120061229pt00010331.pdf>. Acesso em 20/04/2013.

2.2. A defesa da concorrência no Brasil

2.2.1 Primórdios da concorrência no Brasil

Para o estudo da disciplina da concorrência no Brasil é necessário delinear-se a evolução histórica das políticas públicas que divisam a atuação do Estado na economia (FORGIONI, 2012, p. 82).

Os primeiros séculos do Brasil colonial foram marcados pelo monopólio econômico conferido à Coroa Portuguesa, cujo nítido intuito era possibilitar a exploração dos recursos naturais da colônia.

A vedação do comércio com outros países que não Portugal acabava por determinar uniformização nos preços das matérias-primas exportadas, pois o monopólio do comércio internacional fazia com que houvesse, no Brasil, um monopólio bilateral, ou seja, um único comprador de produtos de exportação e um único vendedor dos bens provenientes da Europa (FORGIONI, 2012, p. 86).

Nesse período, Portugal não tinha interesse em incentivar o progresso econômico e cultural da colônia. Por isso, o sistema econômico era baseado no monopólio e na exploração da colônia sob a ótica mercantilista, não havendo que se falar em defesa da concorrência.

Com a chegada da Família Real no Brasil em 1808, o “pacto colonial” praticamente se rompeu. A mudança da sede do Reino português ao Brasil trouxe consigo a necessidade de desenvolver e integrar a economia brasileira no mercado internacional. Por isso, a política monopolístico-exploratória deu lugar a uma peculiar política liberal⁴³, forte na abertura do comércio com as nações amigas e em medidas de fomento à indústria e à manufatura nacional (FORGIONI, 2012, p. 81).

⁴³ Segundo FORGIONI (2011, p. 81), o liberalismo econômico brasileiro tinha suas feições e limites ditados pela Inglaterra. Como exemplo, cita um acordo celebrado em 1810, no qual o Brasil foi impossibilitado a atuar uma política protecionista que resguardasse sua capacidade de exportação. “Parece unânime entre os doutrinadores que o liberalismo, no Brasil, foi introduzido de forma bastante peculiar, pois que depurado pelas especificidades de nosso sistema econômico e político. Não obstante, alguns utilizavam-se das teorias liberais para embasar sua revolta contra o intervencionismo de Portugal, que impunha infundável série de restrições às atividades comerciais e industriais brasileiras, muitas vezes conforme ditavam os interesses ingleses. É nesse sentido que o ‘liberalismo econômico’ se fazia presente, pois os agentes brasileiros encontravam nessa doutrina certo respaldo para suas aspirações” (FORGIONI, 2011, p. 81).

Devido a essa mudança estrutural, os portugueses, outrora potência econômica mundial, sentiam-se rebaixados à categoria de “colônia” brasileira e protetorado inglês⁴⁴.

Em 1820, Portugal estava mergulhado em uma profunda crise financeira e social, o que provocou a volta da família Real ao país. Para conter a crise interna, a Coroa portuguesa tentou restabelecer os privilégios mercantis em relação ao Brasil, o que, na prática, representaria sua “recolonização”. Essa intenção de retrocesso econômico foi crucial para que D. Pedro I declarasse a Independência do Brasil, em 1822 (FORGIONI, 2012, p. 92).

Durante o Brasil Império, não houve evoluções significativas em matéria de defesa da concorrência. Quanto à legislação da época, merece destaque o Esboço do Código Civil, publicado entre 1860 e 1865 por Augusto Teixeira de Freitas:

(...) em seu artigo 3046, que seriam proibidas as sociedades “destinadas a embaraçar a liberdade do comércio, ou da indústria”, compreendendo-se nessa vedação “[a]s sociedades ou convênios entre comerciantes para venderem suas mercadorias ou entre fabricantes para venderem seus produtos, por um preço taxado” e “[a]s sociedades ou conluios para impedir a concorrência de compradores nas vendas públicas” (FORGIONI, 2012, p. 94).

2.2.2 Evolução da legislação de defesa da concorrência

Após a proclamação da República, a concorrência veio a ser tratada no contexto pós-crise de 1929⁴⁵ no Brasil. A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, assegurou o exercício da liberdade econômica em conformidade com “os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional”. No entanto, nenhum avanço significativo se observou na prática, pois não houve legislação infraconstitucional nesse sentido.

Em 1937, a Constituição do Estado Novo resguardou a proteção à economia popular no artigo 141:

A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.

⁴⁴ O auxílio das tropas inglesas foi indispensável para que houvesse uma vitória portuguesa sobre Napoleão Bonaparte.

⁴⁵ Segundo Shiller, a principal causa dessa crise foi a diminuição da dependência dos países europeus em relação aos Estados Unidos, que implicou na substancial diminuição dos lucros e no acúmulo de estoques das empresas estadunidenses. A esse respeito, consultar: SHILLER, Robert J. Exuberância Irracional. São Paulo: Makron Books, 2000.

Coube ao Decreto-Lei nº 869/38 trazer a definição dos referidos crimes contra a economia popular. Com efeito, muitas das tipificações desse Decreto tinham feição de norma antitruste, senão vejamos:

Art. 2º: (...)

III - promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio;

IV - reter ou açambarcar matérias primas, meios de produção ou produtos necessários ao consumo do povo, com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do país e provocar a alta dos preços;

V, vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência;

VI, provocar a alta ou baixa de preços, títulos públicos, valores ou salários por meio de notícias falsas, operações fictícias ou qualquer outro artifício;

Isso revela que a gênese do direito antitruste no Brasil tem por objetivo resguardar os direitos do consumidor. Para Gesner Oliveira, essa é uma característica dos países em desenvolvimento, nos quais a legislação de esfera econômica é marcada pela mescla de duas vertentes até certo ponto contraditórias: a defesa da economia popular e a defesa da concorrência (1998, p. 11).

A legislação de defesa da concorrência continuou a se delinear sob a roupagem de proteção à economia popular com o Decreto-Lei n. 7.666/45 (“Lei Malaia⁴⁶”):

Art. 1º Consideram-se contrários aos interesses da economia nacional:

I - os entendimentos, ajustes ou acordos entre empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios, que tenham por efeito:

a) elevar o preço de venda dos respectivos produtos;

b) restringir, cercear ou suprimir a liberdade econômica de outras empresas;

c) influenciar no mercado de modo favorável ao estabelecimento de um monopólio, ainda que regional; (redação original).

Para dar efetividade à política de repressão aos atos contrários aos interesses da economia nacional, foi criada a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (C.A.D.E.), cuja finalidade era fiscalizar, processar e julgar a ocorrência de práticas contrárias à ordem econômica. No entanto, a falta de amadurecimento da legislação material, a baixa maleabilidade das disposições legais e o pequeno poder político concentrado no C.A.D.E. afetaram a repressão antitruste (DOMINGUES, 2005, p. 20).

Apesar de sua vigência ter se prolongado por apenas três meses, a Lei “Malaia” é bastante importante para a defesa da concorrência, principalmente pela definição do conceito de abuso de poder econômico.

⁴⁶ A Lei “Malaia” ficou conhecida desta maneira em referência aos traços orientais das feições do seu criador, Agamenon Magalhães.

Na Constituição de 1946, a repressão ao abuso de poder econômico foi alçada à categoria de norma constitucional:

Art. 148 - A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

Apenas em 1962, com a edição da Lei nº 4.137, essa norma constitucional obteve eficácia material plena. Dentre as condutas anticoncorrenciais proibidas, foram listadas a concorrência desleal, a especulação abusiva, os acordos entre competidores e o aumento abusivo de preços⁴⁷.

Essa Lei também criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, órgão do Ministério da Justiça que tinha função de apurar e reprimir as infrações antitruste. A atuação do órgão foi bastante discreta e praticamente ineficaz até o início dos anos 90. “Um dos principais problemas enfrentados na concretização das disposições legais pelo CADE derivou da atuação do Poder Judiciário”, que anulou as poucas decisões repressivas tomadas pelo órgão (FORGIONI, p. 116).

Em 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil representa o ponto de inflexão entre a prevalência da proteção à economia popular e a defesa da concorrência. Com efeito, os fundamentos da ordem econômica nacional foram incluídos no art. 170, dentre os quais estão os princípios da livre concorrência e da liberdade de iniciativa econômica.

No art. 173, §4º, a CRFB/88 dispôs que o abuso de poder econômico, a dominação de mercados e a eliminação da concorrência serão reprimidos por lei. Como bem anota Lafayette Josué Petter, essa intervenção do Estado no domínio econômico “muito antes de limitar a iniciativa e a liberdade do particular, tem por fim, mesmo, preservá-la” (2005, p. 162).

47 Art. 2º, Lei 4.137 – Consideram-se formas de abuso do poder econômico:

I - Dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a, concorrência (...)

II - Elevar sem justa causa os preços, no casos de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção.

III - Provocar condições monopolísticas ou exercer especulação abusiva com o fim de promover a elevação temporária de preços (...)

IV - Formar grupo econômico, por agregação de empresas, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores, (...)

V - Exercer concorrência desleal.

No início dos anos 1990, a política neoliberal⁴⁸ – caracterizada pela desestatização da economia, liberalização da economia e fomento ao comércio exterior – promoveu alterações substanciais na estrutura econômica do país. Com a abertura do mercado, o país foi integrado ao capitalismo globalizado e houve o maciço ingresso de capital estrangeiro no país.

O período que se seguiu foi marcado pela entrada de competidores internacionais no mercado, o que culminou na internacionalização de empresas nacionais e na criação de grandes conglomerados econômicos. Nesse contexto, era necessário reforçarem-se as diretrizes da política econômica nacional.

Através da Lei 8.137/90, foram definidos os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. Nessa lei, os art. 4º e 5º inseririam a responsabilidade penal para os agentes responsáveis por infração contra a ordem econômica, punindo com até cinco anos de reclusão a realização de acordos anticoncorrenciais.

No ano seguinte, a Lei 8.158/91 ampliou a lista de infrações à ordem econômica e criou a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), que deveria atuar em conjunto com o CADE na investigação e repressão das infrações econômicas.

Essa lei é também importante por introduzir mais claramente o princípio da regra da razão⁴⁹ na análise de fusões e incorporações de empresas, assim como na avaliação de “ajustes, acordos ou convenções que pudessem limitar ou reduzir a concorrência entre empresas” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 385).

⁴⁸ “A vitória desse projeto expressou, ao mesmo tempo em que estimulou um processo de transnacionalização dos grandes grupos econômicos nacionais e seu fortalecimento no interior do bloco dominante, além de exprimir, também, a fragilidade financeira do Estado e a subordinação crescente da economia brasileira aos fluxos internacionais de capitais. Em particular, reconfigurou o bloco dominante e a sua fração de classe hegemônica, com destaque para a consolidação dos grandes grupos econômicos nacionais, produtivos e financeiros” (FILGUEIRAS, 2006, p. 183).

⁴⁹ Em linhas gerais, a “regra da razão” corresponde aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade no direito da concorrência.

2.2.3 Lei 8.884/94

A Lei 8.884/94, promulgada em 11 de junho de 1994 e posteriormente revogada⁵⁰ pela Lei 12.529/11, ficou conhecida como Lei Antitruste por dispor sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Art. 20, Lei 8.884/94 – 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:

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

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

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

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.95).

Os componentes do sistema de defesa da concorrência da Lei 8.884/94 eram o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE).

A SDE, composta pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) e pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE), foi criada na estrutura do Ministério da Justiça. Tinha competência para realizar investigações e instruir processos administrativos relativos a infrações à ordem econômica.

As decisões da SDE não poderiam ser revisadas no âmbito do Poder Executivo, mas não tinham caráter vinculativo em relação ao CADE, responsável pela decisão final nos referidos processos. Competia também à SDE firmar acordos de leniência e Termos de Compromisso de Cessação com os interessados.

O CADE era principalmente responsável por decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aprovar atos de concentração. Possuía também

⁵⁰ Continuam em vigor os artigos 86 e 87 da Lei 8.884/94, os quais incluíram disposições no Código de Processo Penal e na Lei 8.078/90, respectivamente.

competência para aprovar termos e acordos firmados pelos investigados com a SDE, sem se imiscuir no mérito acordado.

A Lei 8.884/94 conferiu maior liberdade de atuação ao CADE, que foi transformado em Autarquia e adquiriu personalidade jurídica e patrimônio próprios, o que lhe permitiu atuar de forma independente de outros órgãos governamentais.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), criada pela MP n. 813/95 é um órgão auxiliar do Ministério da Fazenda, cujas funções eram: a) promover a concorrência em órgãos do governo e perante a sociedade, b) manifestar-se sobre atos normativos relacionados à concorrência, c) elaborar estudos setoriais e análises de mercado e, d) propor revisões das leis concorrenciais.

A SEAE tinha também função investigativa na área de defesa da concorrência através dos pareceres técnicos que elaborava sobre aspectos econômicos. Sua participação era facultativa nos processos administrativos instruídos para apuração de condutas anticoncorrenciais e obrigatória nos casos de ato de concentração.

2.2.4 Lei 12.529/11

Com a edição da Lei 12.529/11, estruturou-se o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), composto pelo conjunto de órgãos governamentais que tem por objetivo a promoção de uma economia competitiva mediante a prevenção e repressão ao abuso de poder econômico que possa prejudicar a concorrência.

O SBDC passou a ser composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE/MF.

A principal alteração no *modus operandi* desse sistema de defesa da concorrência em relação ao anterior é que o controle de condutas (e concentrações) deixa de ser repressivo para se tornar preventivo, seja pela difusão da conduta concorrencial ou pela análise prévia dos atos de concentração (TAUFICK, 2012, p. 27).

O CADE continua a ser uma Autarquia Federal vinculada ao Ministério da Justiça, mas agora é composto pela Superintendência-Geral (SG), Tribunal

Administrativo de Defesa Econômica (Plenário) e Departamento de Estudos Econômicos (DEE).

A nova estrutura do Cade aproxima-se do desenho da Federal Trade Commission norte-americana (FTC) para antitruste. O tripé (i) escritório de economia (*Bureau of Economics*, BE), (ii) escritório concorrencial (*Bureau of Competition*, BC) e (iii) Tribunal (*Commission*) é reproduzido na criação, respectivamente, do Departamento de Estudos Econômicos, da Superintendência-Geral e do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (TAUFICK, 2012, p. 29).

O Departamento de Estudos Econômicos é dirigido por um Economista-Chefe, a quem incumbe elaborar estudos e parecer econômicos de ofício ou a requerimento de algum outro componente do CADE. O DEE busca identificar os impactos das operações apreciadas pelo CADE examinando seus efeitos na economia. Com isso, é possível aperfeiçoar os instrumentos de análise e identificar eventuais falhas de julgamento.

A Superintendência-Geral (SG) é o órgão investigativo do CADE, composto pelo Superintendente Geral e dois Superintendentes Adjuntos, cujos mandatos é de 2 (dois) anos, permitida uma única recondução. A SG é responsável pela: a) investigação de condutas anticompetitivas, b) proposição de acordos e medidas preventivas, c) análise de atos de concentração sumários e, d) instrução dos atos de concentração ordinários com parecer opinativo. É também de competência da Superintendência-Geral do CADE a negociação e celebração de acordos de leniência.

O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica é o órgão julgante da Autarquia, composto por seis Conselheiros e um Presidente, cujos mandatos são de quatro anos, sendo vedada a recondução. O Plenário é responsável pela adoção de medidas preventivas e representa a última instância de julgamento sobre atos de concentração e condutas anticoncorrenciais no âmbito do Poder Executivo, sem prejuízo à revisão judicial destas decisões⁵¹.

O Tribunal Administrativo também é responsável pela verificação do cumprimento integral dos requisitos para ratificação do acordo de leniência com vistas à extinção ou redução das penalidades nas esferas administrativa e penal.

⁵¹ Quanto à revisão judicial das decisões do CADE, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região tem se inclinado para uma visão mais restritiva da possibilidade de reverter tais decisões administrativas, restringindo-se aos critérios de legalidade, forma, competência e finalidade do ato administrativo. A esse respeito, ver: CARRIL, Rodrigo Coutinho. Controle Judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. s/d. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/rodrigo_carril.pdf. Acesso em 20/06/2013.

A Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE (ProCADE) é competente para prestar consultoria e assessoramento jurídico à Autarquia, representando-a extrajudicialmente e também judicialmente, na defesa dos interesses do CADE.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE/MF) continua fazendo parte da estrutura do Ministério da Fazenda, mas exerce apenas a função de promover e divulgar a concorrência nos órgãos governamentais e na sociedade – a chamada advocacia da concorrência ou *advocacy*.

2.3 Mecanismos de combate a cartéis na defesa da concorrência

No cartel, as empresas negociam participações de mercado, quotas de produção e níveis de preços, com o intuito de garantir aumentos na sua participação de mercado ou nos lucros em detrimento do consumidor.

Um cartel hard-core é um acordo anticompetitivo, uma prática concertada anticompetitiva ou um arranjo anticompetitivo realizado pelos competidores para fixar preços, fazer licitações fraudulentas, estabelecer restrições de saída ou quotas, ou dividir o mercado alocando clientes, fornecedores, territórios ou linhas de comércio (OECD, 1998, p. 10) (em inglês no original⁵²).

Com o conluio, as empresas limitam de maneira artificial a concorrência e evitam as pressões que levariam à inovação de produtos ou desenvolvimento de processos produtivos mais eficientes.

Estas práticas conduzem (...) a um aumento dos preços das matérias-primas e dos componentes para as empresas comunitárias que os adquirem a esses produtores. As consequências, em última análise, são preços artificiais e a diminuição das possibilidades de escolha para os consumidores. No longo prazo, resultam numa perda de competitividade e reduzem as oportunidades de emprego (adaptado do português de Portugal). (2006/C 298/11 - Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis).

Os principais mecanismos utilizados pelas autoridades de defesa da concorrência para detecção de cartéis são: i) monitorar os mercados para detectar violações com recursos próprios, ii) obter informações de terceiros, sejam eles clientes ou

⁵²No original: “A hard core cartel is an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories or lines of commerce.”

competidores prejudicados ou, iii) obter a informação diretamente dos participantes do conluio (WILS, 2007, p. 19).

A primeira opção apresenta os custos mais elevados e a menor efetividade, dado a escassez de recursos para monitorar todas as atividades do mercado em profundidade.

O problema da segunda opção decorre da qualidade e da confiabilidade das informações prestadas, tendo em vista que os agentes de mercado à jusante e, principalmente, os concorrentes, são diretamente interessados na condenação do *player* denunciado, o que representaria o enfraquecimento de seu poder de mercado e/ou de barganha.

A terceira opção – a leniência – é a melhor forma para se combater o truste, dado a facilidade de acesso às informações a um baixíssimo custo (WILS, 2007, p. 20). Ela pressupõe a colaboração efetiva do infrator com a investigação e o processo administrativo, auxiliando na identificação dos coautores e na coleta de evidências que comprovem o cartel (JESUS *apud* OLIVEIRA, 2004, p. 256).

Para além de apresentarem documentos preexistentes, as empresas podem, a título voluntário, transmitir à Comissão [autoridade antitruste] as informações que possuem acerca de um cartel, bem como do papel que nele desempenharam, em declarações especificamente elaboradas para serem apresentadas no âmbito do presente programa de clemência [leniência]. Estas iniciativas têm-se revelado úteis, visto que têm permitido realizar investigações eficazes e pôr termo a infracções relativas a cartéis (adaptado) (Comissão Europeia, 2006/C 298/11, item 6).

No programa de leniência, o leniente apresenta informações e provas da infração denunciada e, em troca, recebe imunidade parcial ou total das penalidades que lhe seriam cominadas por participar da infração delatada.

3 O PROGRAMA DE LENIÊNCIA

3.1 Características gerais

A palavra leniência tem origem no latim *lenitate*, cujo significado é brandura, suavidade (GABAN e DOMINGUES, 2009, p. 286). Em sua acepção jurídica, o termo representa o abrandamento das penalidades do delator que coopera voluntariamente com a autoridade de defesa da concorrência no deslinde de uma infração coletiva (cartel) do qual tenha participado.

Na definição da OCDE (2002, p. 8), leniência é qualquer redução de penalidades em relação ao que seria imposto no caso de detecção da infração na ausência de cooperação voluntária.

Para OLIVEIRA e RODAS (2004, p. 41/42), o acordo de leniência é:

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

Essa cooperação geralmente envolve a confissão de cometimento do ilícito e a apresentação de informações e evidências que possibilitem à Administração Pública identificar, processar e condenar os demais envolvidos na prática anticoncorrencial.

O objetivo do programa é facilitar a detecção de colusões diante do recebimento de informações por parte de um dos coautores do ilícito, o qual recebe benefícios em troca de informações e evidências que auxiliem na condenação dos outros responsáveis.

A introdução do acordo de leniência aumenta os estímulos para que a denúncia de infração parta de um de seus coautores, disseminando desconfiança nos conluios e tornando os cartéis mais difíceis de serem sustentados.

Apesar de não haver nenhuma restrição nesse sentido, a experiência prática tem demonstrado que a leniência é bastante efetiva no combate aos cartéis clássicos ou *hard-core* (TAUFICK, 2012, p. 225).

Para que seja aceita a participação de um denunciante no programa de leniência, não basta a simples alegação da existência da infração. É necessário que a denúncia

esteja atrelada a documentos e informações que evidenciem a prática colusiva, dos quais a autoridade antitruste garante a confidencialidade.

Um componente-chave para o sucesso do programa de combate a cartéis da Autoridade Antitruste dos EUA, particularmente no programa de leniência é a transparência e previsibilidade. Especificamente, empresas e executivos devem ser capazes de prever com um grande grau de certeza as recompensas se eles se denunciarem e cooperarem, e as consequências se não o fizerem. Com a leniência, as recompensas para a empresa e os funcionários colaboradores são a inexistência de condenações criminais ou multas, a política de leniência (HAMMOND, 2006) (em inglês no original⁵³).

Caso não seja possível apresentar as provas de imediato, utiliza-se o sistema de senhas (*marker*), que confere ao interessado em cooperar a garantia de que foi o primeiro a denunciar a conduta anticoncorrencial e, ao mesmo tempo, oferece um prazo limitado para apresentação das evidências.

No sistema de *marker*, é concedida uma senha ao candidato por um período limitado (geralmente inferior a 30 dias) que lhe possibilita a obtenção das informações e provas necessárias da existência da conduta denunciada. Dessa maneira, o interessado “reserva seu lugar na fila” enquanto colhe provas e dados, ainda que parciais, que respondam aos seguintes questionamentos: “O que?”, “Quem”, “Onde” e “Quando”⁵⁴.

A tentativa de acordo não importa confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada. As autoridades antitruste costumam indicar que se absterão de iniciar quaisquer investigações com base nos documentos e informações apresentadas na tentativa de um acordo de leniência.

Caso seja celebrado o acordo, é requerido do leniente cooperação completa, franca e continuamente, tanto nas investigações quanto no processo administrativo decorrente, até a condenação final dos responsáveis. Em regra, requer-se também que o denunciante cesse sua participação no cartel.

Se forem cumpridas as condições estabelecidas no acordo, o beneficiário da leniência costuma receber os seguintes benefícios:

- Imunidade parcial ou total nas penalidades aplicáveis, desde que não tenha coagido outros *players* a participarem do esquema;

⁵³ No original: “A key component in the success of the Division's cartel enforcement program, particularly the Corporate Leniency Program, is transparency and predictability. Specifically, companies and their executives must be able to predict with a high degree of certainty the rewards if they self report and cooperate, and the consequences if they do not. With leniency, the rewards for the company and its qualifying employees are no criminal convictions, no criminal fines, and no jail sentences are as predictable as they are extraordinary.”

⁵⁴ Informação retirada de “Programa de Leniência”, disponível no site www.cade.gov.br. Acesso em 15/04/2013.

- Sustação da possibilidade de oferecimento de ação criminal pelo Ministério Público, quando a infração constitui crime no país.

Se um candidato descumprir as condições ou requisitos estabelecidos pelo acordo de leniência, está sujeito às seguintes condenações:

- Perda dos benefícios da leniência em relação àquela investigação
- Impossibilidade de celebrar novo acordo de leniência por um período determinado
- Aplicação de multa.

Um programa de leniência bem estruturado coloca os infratores diante de um Dilema do Prisioneiro⁵⁵ no qual o participante é recompensado pela confissão. O “Dilema da Leniência” é representado pela Figura a seguir:

		EMPRESA (Y)	
		Denunciar	Não denunciar
EMPRESA (X)	Denunciar	$i - \frac{1}{2} f, i - \frac{1}{2} f$	$i - f, i$
	Não denunciar	$i, i - f$	$p(i, i)$

Figura 1: adaptado de HARRINGTON, 2010, p. 7.

Nesse modelo, (f) corresponde à penalidade evitável com a leniência, (i) é a punição inevitável e (p) indica a probabilidade de detecção do cartel.

A probabilidade de detecção (p) decorre da atuação direta da autoridade antitruste no monitoramento do mercado, buscando identificar cartéis com seus recursos próprios. Essa variável é determinante na participação do programa de leniência. Seu valor é diretamente proporcional ao da multa esperada pelos infratores e inversamente proporcional aos incentivos à colusão.

⁵⁵ O Dilema do Prisioneiro é um problema da teoria dos jogos estruturado por Albert W. Tucker. Parte-se da premissa de que cada prisioneiro, de maneira independente, busca aumentar ao máximo sua própria vantagem sem se importar o resultado do outro. A estrutura clássica do dilema é a seguinte: “Dois suspeitos, A e B, são presos pela polícia. A polícia tem provas insuficientes para condená-los, mas, separando os prisioneiros, oferece a ambos o mesmo acordo: se um dos prisioneiros, confessando, testemunhar contra o outro e esse outro permanecer em silêncio, o que confessou sai livre enquanto o cúmplice silencioso cumpre 10 anos de sentença. Se ambos ficarem em silêncio, a polícia só pode condená-los a 6 meses de cadeia cada um. Se ambos traírem o comparsa, cada um leva 5 anos de cadeia. Cada prisioneiro faz a sua decisão sem saber que decisão o outro vai tomar, e nenhum tem certeza da decisão do outro”. (Fonte: <http://www.teoriadosjogos.net/teoriadosjogos/list-trechos.asp?id=29>. Acesso em 15/05/2013) A questão que o dilema propõe é: qual decisão correta a ser tomada sem saber como o outro prisioneiro vai reagir?

Quando a probabilidade de detecção (p) é baixa, a melhor opção às empresas é não denunciar o conluio. Um aumento da variável (p) torna a delação a opção mais vantajosa para as empresas consideradas (HARRINGTON, 2010, p. 12).

A leniência também pode ser estimulada mediante o aumento da variável (f), o que torna a permanência no conluio mais arriscada. Esse incremento pode ser realizado mediante o aumento das penalidades evitáveis (tornando a leniência “mais leniente”) ou até mesmo com a adoção de um sistema de recompensas⁵⁶.

Portanto, para aumentar a efetividade da repressão a cartéis, as autoridades de defesa da concorrência podem atuar de maneira direta, aumentando a probabilidade (p) de condenação sem a leniência, ou de maneira indireta, majorando a fração (f) das penalidades evitadas com a leniência (HARRINGTON, 2010, p. 10).

3.2 Benefícios da política de leniência

Através da leniência, as evidências do cartel podem ser obtidas de maneira mais rápida e eficiente, com custos diretos reduzidos em comparação com outras formas de investigação.

A condução de investigações antitruste é uma atividade complexa que demanda recursos de diferentes agentes públicos até que sejam finalmente impostas as penalidades aos infratores. O processo que vai da detecção do cartel à condenação demanda diversos recursos públicos (físicos, materiais, temporais), pelo que a celebração de um acordo de leniência reduz os custos dispendidos pela Administração Pública.

A leniência elimina o risco processual decorrente da possibilidade de que o acusado e seus cúmplices sejam inocentados por falta de provas.

Há, ainda, a eliminação do risco de impetração de medida judicial contra uma decisão condenatória do Conselho em processo administrativo, o que aumentaria o custo e o tempo dispendidos pela Administração Pública para obter a condenação definitiva.

⁵⁶ A esse respeito, ver capítulo 4.4.1.

Outras quatro categorias de efeitos benéficos decorrem da adoção de uma política da leniência: i) dissuasão, ii) detecção, iii) sanção e iv) desistência (ICN, 2009, p. 6).

O efeito dissuasão atinge os aspirantes a formação de um concerto anticompetitivo. Esse efeito atua por três forças: a força “Desvio” (*Deviator Amnesty Effect*), a força “Anistia” (*Cartel Amnesty Effect*) e a força “Corrida aos Tribunais” (*Race to the Courthouse Effect*) (HARRINGTON, 2008).

A força “Desvio” muda o ponto de equilíbrio do cartel por introduzir um incentivo à traição. A força “Corrida aos Tribunais”, por sua vez, é responsável por aumentar a penalidade esperada pela formação de um cartel. Quanto mais rígido for o programa de leniência maior será a Corrida aos Tribunais (HARRINGTON, 2008, pp. 217-218).

Por outro lado, existe também a força “Anistia”, que diminui os custos esperado pela formação de um cartel (custos *ex ante*), o que pode tornar a formação de um cartel mais atrativa.

O efeito desistência decorre da instabilidade gerada pelo programa de leniência nos cartéis, diminuindo a vantagem de adesão ao conluio e fragilizando a relação de confiança entre os participantes. Numa economia moderna, o cartel tem a estrutura de uma organização criminosa⁵⁷, dado a constante necessidade de cooperação, confiança e monitoramento entre os conspiradores. O efeito desistência do programa de leniência atua exatamente nessa estabilidade, tornando mais difícil sustentar o cartel (HARRINGTON, 2008, p. 220).

Quanto maior o número de participantes em um cartel, maiores os custos para fiscalizar, controlar e manter os participantes estimulados a cooperar. Na medida em que se aumenta a sanção esperada pela infração antitruste, maiores são os custos estimados pelas empresas e menores os estímulos à cartelização.

O efeito sanção também atua na balança dos “custos e benefícios” da formação de um cartel, provocando um reforço nos custos esperados pela manutenção da organização criminosa.

⁵⁷ O conceito formal de organização criminosa foi apenas incluído na legislação brasileira recentemente, através do art. 2º da Lei n. 12.694/2012. “[C]onsidera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional”.

O efeito detecção é decorrente indireto da introdução de uma política de leniência na sociedade. Com a cultura da delação premiada, os infratores são estimulados a manter evidências como “válvula de escape” para eventualmente realizar a denúncia. Isso cria um círculo virtuoso, na medida em que quanto maior número de documentos mantidos pelos infratores, maior é a quantidade de evidências que possibilitam a detecção do cartel (AUBERT *et. al.*, 2005).

3.3 Limitações da política de leniência

O principal objetivo dos formadores de um cartel é a obtenção de vantagens com o aumento de preços, alterando o ponto de equilíbrio do mercado através da transferência de bem-estar dos consumidores para os ofertantes. Ao tomar parte no conluio, as empresas entendem ser vantajoso fraudar a concorrência e o mercado.

Para que ocorra uma mudança nesse quadro, os agentes de mercado devem sentir que os custos de manutenção da conduta anticoncorrencial superam os benefícios. Como exposto na Tabela 1, esse aumento nos custos do cartel pode decorrer tanto do aumento da probabilidade de detecção e condenação quanto da elevação das penalidades cominadas pelo delito.

Dáí porque a leniência – por si só – não é capaz de dissuadir cartéis. A leniência não deve ser entendida como um método substitutivo, mas como um mecanismo complementar no combate aos cartéis, devendo atuar ao lado dos mecanismos de detecção de cartéis próprios das autoridades de defesa da concorrência.

O programa de leniência não é um fim em si mesmo, mas um importante mecanismo para dissuadir condutas uniformes lesivas à concorrência, este sim um fim da política de defesa da concorrência. O mesmo se aplica à eliminação de ‘obstáculos à persecução administrativa e criminal de cartéis’, mandados de busca e apreensão, métodos estatísticos para detecção de cartéis (Cade, Processo Administrativo nº 08700.004992/2007-43, Rel. Conselheiro Paulo Furquim, julgado em 17 de dezembro de 2008).

Como já referido, a adoção de uma política de leniência pode conduzir à maior formação de cartéis pela redução dos custos esperados *ex ante* da formação do conluio. Caso um programa de leniência seja “muito leniente”, uma empresa pode sistematicamente participar de cartéis e denunciar seus consortes, ganhando uma

“vantagem competitiva” ao explorar a Autoridade de Defesa da Concorrência para prejudicar seus concorrentes.

Outro fator que limita bastante a efetividade das políticas de leniência são as ações cíveis que certamente serão intentadas por consumidores ou acionistas⁵⁸ prejudicados.

Há também o “efeito moral” decorrente de uma admissão punição de culpa. A informação de que uma empresa participou de conduta colusiva é repassada ao mercado consumidor, o que causa prejuízos que não podem ser mensurados de maneira objetiva (WILS, 2008, p. 31).

3.4. O programa de leniência no Brasil

3.4.1 Lei 10.149/00

Com o advento da Lei 10.149/00, a política de leniência foi introduzida nos artigos 35-A e 35-B da Lei 8.884/94.

O acordo de leniência poderia ser firmado por pessoas físicas ou jurídicas autoras de infração à ordem econômica que atendessem aos requisitos e condições elencados no art. 35-B da Lei 8.884/94:

Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais coautores da infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica às empresas ou pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta tida como infracionária.

§ 2º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a empresa ou pessoa física seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

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

⁵⁸ Trataremos a esse respeito no item 3.4.

- III - a SDE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo; e
- IV - a empresa ou pessoa física confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

A regulamentação do acordo de leniência cabia ao Ministério da Justiça, pois a SDE era um órgão componente de sua estrutura. Com a Portaria 849/00, o Ministério da Justiça explicitou os requisitos para celebração do acordo:

art. 29, §2º, Portaria 849/00 - (...)

- I - qualificação do proponente, com nome, denominação ou razão social, documento de identidade, CPF ou CNPJ, endereço completo, telefone, fax e endereço do correio eletrônico, se houver;
- II - exposição sumária dos fatos conhecidos pelo proponente, relativos à infração noticiada ou sob investigação, esclarecendo, inclusive, seu envolvimento na mesma e a identidade dos coautores;
- III - declaração, sob as penas da lei, de que não esteve à frente da conduta tida como infracionária e que cessou completamente seu envolvimento na mesma, até a data de submissão da proposta de acordo;
- IV - indicação dos documentos sob a sua posse, custódia ou controle, capazes de comprovar os fatos relacionados à infração noticiada ou sob investigação;
- V - declaração do proponente de que se obriga, uma vez firmado o instrumento de acordo de leniência, a cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitado, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Se a proposta fosse aceita, caberia à SDE estipular as demais condições do tratado, tendo o proponente o prazo máximo de dois dias para assinar o instrumento do acordo. Ao final do processo administrativo relacionado à infração, caberia ao Cade verificar o cumprimento das sobreditas condições, decretando, conforme o caso, a extinção da punibilidade ou redução das penalidades do leniente.

O primeiro acordo de leniência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência foi celebrado em 8 (oito) de outubro de 2003⁵⁹, quando a empresa de vigilância *Antares* denunciou um cartel para fraudar licitações no Rio Grande do Sul.

3.4.2 Lei 12.529/11

O programa de leniência é um instrumento fundamental para garantir a plena concretização do princípio constitucional da livre concorrência, indispensável para a Política Brasileira de Combate Cartéis.

⁵⁹ A este respeito, ver capítulo 3.5.4.

O Programa de Leniência tem sido extremamente importante para os esforços de combate a cartéis do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Alguns elementos são indicativos desse fato: aproximadamente 25 acordos de leniência foram assinados desde 2003, e outros estão sendo negociados atualmente⁶⁰.

Com a Lei 12.529/11, promoveram-se algumas modificações importantes na política de leniência. A principal alteração foi da competência para celebração do acordo, que passou da extinta SDE para a Superintendência-Geral, o órgão investigativo do Cade⁶¹.

Por via de consequência, a competência para regulamentação do programa de leniência passou para a Autarquia de Defesa da Concorrência, que o faz por meio do Regimento Interno do Cade (RICade).

De acordo com o artigo 190 do atual RICade, os objetivos específicos do programa de leniência são:

- I - detectar, investigar e punir infrações contra ordem econômica;
- II - informar e orientar permanentemente as empresas e os cidadãos em geral a respeito dos direitos e garantias previstos nos arts. 86 e 87 da Lei nº 12.529, de 2011; e
- III - incentivar, orientar e assistir os proponentes à celebração de acordo de leniência.

Podem ser proponentes do acordo de leniência pessoas físicas ou jurídicas que sejam partícipes de infração à ordem econômica, desde que atendidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

i) o proponente deve ser o primeiro a se apresentar com respeito à infração e confesse sua participação no ilícito;

ii) o proponente deve cooperar plenamente com as investigações, identificando os demais membros do cartel e obtendo provas da conduta denunciada;

iii) o proponente deve cessar completamente seu envolvimento na infração. Além disso, o art. 198 do RICade dispõe que a Superintendência-Geral não pode dispor de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo.

⁶⁰ Informação retirada de “Programa de Leniência”, disponível no site www.cade.gov.br. Acesso em 15/04/2013

⁶¹ Art. 86, Lei 12.529 - 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

Caso o delator não disponha de todas as provas, documentos e informações a respeito da infração que pretende denunciar, pode requerer a declaração da Superintendência-Geral de que foi o primeiro a comparecer perante o órgão com esse objetivo. Ato contínuo, num prazo máximo de 3 (três) dias, a Superintendência-Geral deverá emitir um *marker*, indicando um prazo não superior a 30 (trinta) dias para que o proponente apresente a proposta de acordo de leniência (art. 181, RICade).

A proposta de acordo pode ser apresentada oralmente ou por escrito à Superintendência-Geral, a critério do interessado (art. 200, RICade).

A proposta oral deverá observar o seguinte procedimento:

Art. 190, RICade: (...)

I - o proponente descreverá sua qualificação completa e detalhará a infração noticiada, incluindo a identificação dos outros autores da infração, a área geográfica e produtos ou serviços afetados e a duração estimada da infração noticiada, além de uma descrição das informações e documentos que serão apresentados por ocasião da assinatura do acordo de leniência;

II - o proponente informará também sobre outras propostas de acordo de leniência sobre a mesma prática apresentadas em outras jurisdições, desde que não haja vedação para tanto por parte da autoridade estrangeira;

III - em cada reunião até que o acordo de leniência seja celebrado, será fixada a extensão da validade da proposta; e

IV - caso requerido, o Superintendente-Geral, o seu Chefe de Gabinete, ou servidor expressamente designado para essa finalidade, preparará termo com:

a) o conteúdo da reunião;

b) a informação a respeito do conhecimento prévio ou não da infração noticiada pela

Superintendência-Geral quando da propositura do acordo de leniência; e

c) a indicação do prazo de extensão da validade da proposta, a ser mantido em posse da Superintendência-Geral ou do proponente, a critério do proponente.

No caso de apresentação de proposta por escrito, o procedimento será o descrito pelo art. 202 do mesmo diploma:

Art. 202, RICade – (...)

I - o proponente deverá submeter a proposta ao Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral em um envelope lacrado e claramente identificado com os termos “Proposta de Acordo de Leniência” e “Acesso Restrito”;

II - o proponente apresentará sua qualificação completa e detalhará a infração noticiada, incluindo a identificação dos outros autores da infração, a área geográfica e produtos ou serviços afetados e a duração estimada da infração noticiada, além de descrever as informações e documentos que serão apresentados por ocasião da assinatura do acordo de leniência;

III - a proposta deverá conter informação sobre outras propostas de acordo de leniência sobre a mesma prática apresentadas em outras jurisdições, desde que não haja vedação para tanto por parte da autoridade estrangeira; e

IV - no prazo de 10 (dez) dias da apresentação da proposta, a Superintendência-Geral manifestar-se-á a respeito de sua validade e do prazo para a assinatura do acordo de leniência ou para o aperfeiçoamento da proposta, se for o caso.

Parágrafo único. Caso requerido pelo proponente, a Superintendência-Geral emitirá um termo com a informação a respeito do conhecimento prévio ou

não da infração noticiada pela Superintendência-Geral quando da propositura do acordo de leniência

Ao apresentar a proposta, o interessado deve declarar-se ciente de seus direitos e obrigações. Considera-se sigilosa a proposta de acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo, conforme o art. 86, §9º, Lei 12.529/11.

Em seguida, inicia-se a fase de negociação dos termos do acordo.

A [duração da] fase de negociação é de 6 meses, prorrogáveis por outros 6 meses, a critério da Superintendência-Geral, caso estejam presentes circunstâncias extraordinárias. Apenas o Superintendente-Geral e seu Gabinete participam na fase de negociação. Se nenhum acordo for celebrado, todos os documentos referentes à negociação são devolvidos à parte⁶².

A critério da Superintendência-Geral e na presença de circunstâncias extraordinárias, a duração da fase pode ser estendida até o limite máximo de um ano.

Se não houver acordo entre o interessado e a Superintendência-Geral, os documentos apresentados pelo proponente serão devolvidos e não poderão embasar qualquer investigação da autoridade antitruste, sem embargo da abertura das investigações quando indícios ou provas autônomos forem levados à autoridade por qualquer outro meio (art. 205, RICade).

Não importará confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento da ilicitude da conduta analisada a proposta de acordo de leniência rejeitada, nos termos do art. 205, do RICade.

O proponente poderá desistir da proposta de leniência a qualquer momento antes da assinatura do instrumento de acordo. Caso a proposta seja rejeitada ou não seja alcançado um acordo, todos os documentos serão devolvidos ao proponente (art. 206, RICade).

Preenchidas as condições legais, o acordo de leniência será firmado, estipulando-se as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e resultado útil do processo. Além disso, constará, obrigatoriamente, no instrumento da leniência:

Art. 206, Regimento Interno do Cade: (...)

I - qualificação completa dos signatários e de seus representantes legais, incluindo nome, denominação ou razão social, documento de identidade, CPF ou CNPJ, endereço completo, telefone, fax e correio eletrônico;

II - qualificação do representante legal com poderes para receber intimações durante o curso do processo administrativo;

⁶² Informação retirada de “Programa de Leniência”, disponível no site www.cade.gov.br. Acesso em 20/05/2013.

- III - indicação de fax e correio eletrônico onde as intimações poderão ser efetivadas;
- IV - exposição dos fatos relativos à infração noticiada, com a identificação de seus autores, dos produtos ou serviços afetados, área geográfica afetada e duração da infração noticiada ou sob investigação;
- V - confissão expressa da participação do signatário do acordo de leniência no ilícito;
- VI - declaração do signatário do acordo de leniência de que cessou seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação;
- VII - lista com todos os documentos e informações fornecidos pelo signatário do acordo de leniência, com o intuito de comprovar a infração noticiada ou sob investigação;
- VIII - obrigações do signatário do acordo de leniência
(...)
- IX - disposição de que o não cumprimento pelo signatário das obrigações previstas no acordo de leniência resultará em perda da imunidade com relação a multas e outras sanções;
- X - declaração da Superintendência-Geral de que o signatário do acordo de leniência foi o primeiro a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação, conforme o caso;
- XI - declaração da Superintendência-Geral de que não dispunha de provas suficientes para assegurar a condenação do signatário do acordo de leniência pela infração noticiada no momento da propositura do acordo de leniência;
- XII - declaração da Superintendência-Geral a respeito de seu conhecimento prévio, ou não, sobre a infração noticiada, no momento da propositura do acordo de leniência; e
- XIII - outras obrigações que, diante das circunstâncias do caso concreto, forem reputadas necessárias.

Outras obrigações assumidas pelo signatário da leniência são:

- i) apresentar-se às autoridades todas as informações, documentos ou materiais que detenham posse ou venham a ter conhecimento no curso das investigações;
- ii) cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo relacionado à infração relatada a ser conduzido pelas autoridades signatárias do acordo de leniência;
- iii) comparecer, quando solicitado, sob suas expensas, a todos os atos processuais até a decisão final sobre a infração noticiada, proferida pelo Cade;
- iv) portar-se com honestidade, lealdade e boa-fé durante o cumprimento dessas obrigações.

Ao final do julgamento do processo administrativo relacionado à infração noticiada, o Cade verificará o cumprimento das condições previamente estabelecidas.

Se o beneficiário descumprir as condições que foram fixadas, ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência por três anos (art. 86, §12º, Lei 12.529/11), sem prejuízo das penalizações administrativas e criminais relacionadas à infração.

Caso o acordo seja integralmente cumprido, será decretada em favor de seus signatários:

Art. 201, RICade – (...)

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

II - nas demais hipóteses, a redução de um a dois terços das penas aplicáveis na seara administrativa.

Parágrafo único. Nas duas hipóteses referidas acima, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de novembro 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.

Esses benefícios se estendem às empresas do mesmo grupo econômico, bem como aos dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração que tenham firmado e cumprido o acordo em conjunto (art. 86, §6º Lei 12.529/11).

No Brasil, o acordo de leniência é restrito ao primeiro proponente que se habilitar na Superintendência-Geral com informações da infração. Outras empresas que participaram do cartel e foram denunciadas pelo alcaguete podem ser beneficiadas pela leniência *plus* ou pelo Termo de Compromisso de Cessação – TCC.

A leniência *plus* é um mecanismo no qual a empresa que foi denunciada pode obter uma redução substancial das penalidades relativas àquela infração. Para tanto, devem celebrar com a Superintendência-Geral um acordo de leniência relacionado a outra infração da qual participe e o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio⁶³.

Ao expor um distinto concerto anticoncorrencial em outro segmento do mercado, o denunciado-denunciante obtém reduções nas penalidades do primeiro processo e garante o benefício integral da leniência no segundo caso. Nos termos do art. 86, §8º, da Lei 12.529/11, o leniente *plus* beneficia-se com a redução de 1/3 (um terço) da pena que seria aplicada no primeiro processo e obtém todos os benefícios na segunda infração.

Além disso, a Lei 12.529/11 faculta aos interessados, nos casos em que foi celebrado acordo de leniência, a celebração de Termo de Compromisso de Cessação através do qual o representado assume o compromisso de cessar a prática sob investigação, recebendo uma penalização pelo crime. A celebração do TCC após acordo de leniência só ocorre mediante a confissão do interessado de participação no ilícito, ficando a critério da Superintendência-Geral a confissão nos demais casos.

⁶³ Trata-se da leniência *plus* no capítulo 4.3.2.

A competência para celebração do Termo de Compromisso de Cessação também é da Superintendência-Geral, nos termos do Regimento Interno do Cade (RICade). A apresentação do requerimento de TCC não interrompe o processo administrativo ou procedimento preparatório, sendo autuado de forma autônoma. A proposta final é submetida em caráter de urgência para julgamento no Plenário do Tribunal, que pode apenas aceitá-la ou rejeitá-la, sem entrar no mérito pactuado.

3.5. Cartéis combatidos por acordos de leniência

3.5.1 Cartel das lisinas

O cartel das lisinas⁶⁴ foi o primeiro cartel de âmbito internacional investigado pela Divisão Antitruste do *U.S. Department of Justice*.

De acordo com a denúncia, entre 1992 e 1995, os maiores produtores de lisina do mundo formaram um cartel para fixação de preços e divisão do mercado global do produto. Só nos primeiros nove meses do conluio, o cartel conseguiu elevar os preços da lisina em 70%.

Dentre as empresas denunciadas estavam: Archer Daniels Midland Co. (EUA); Ajinomoto Co. Inc. e Kyowa Hakko Kong Kogyo (Japão); Sewon America Inc. (Coréia do Sul).

Nos EUA, a Archer Daniels foi multada em US\$ 70.000.000,00 (setenta milhões de dólares); no Japão, as referidas empresas tiveram que desembolsar US\$ 10.000.000,00 (dez milhões de dólares) em multas; na Coréia do Sul, a Sewon America Inc. foi multada em US\$ 328.000.000,00 (trezentos e vinte e oito mil dólares).

Na Europa, o total das multas aplicadas quase atinge a marca de US\$ 100.000.000,00 (cem milhões de dólares). Neste continente, as empresas Ajinomoto e Sewon America foram agraciadas com 30% na redução das multas por conta de colaboração com as investigações através do programa de leniência *a posteriori*.

⁶⁴ A lisina é um aminoácido essencial para os seres humanos por atuar como precursor de diversas proteínas, além de auxiliar o crescimento ósseo e a produção de colágeno.

No Brasil, a SEAE/MF concluiu que este cartel internacional teve efeitos negativos no mercado brasileiro e opinou pela condenação das empresas denunciadas. Entretanto, o referido processo administrativo foi arquivado em 14 de abril de 2012 devido ao decurso da prescrição intercorrente⁶⁵.

3.5.2. Cartel das Vitaminas

Entre os anos de 1990 e 1999, as oito maiores companhias produtoras de vitaminas negociaram a manutenção de seu *market share* dentro de limites preestabelecidos, conseguindo um aumento médio nos preços de 5% ao ano.

A respeito desse cartel, Scott D. Hammond, Diretor da Divisão Antitruste do DOJ relata:

É amplamente reconhecido que uma das chaves para o sucesso na quebra do cartel das vitaminas foi a colaboração prestada pela Rhône-Poulenc SA, nos termos de seu pedido de anistia. No entanto, o que não é bastante difundido é que o Departamento de Justiça estava investigando a indústria das vitaminas há mais de dois anos antes dessa denúncia. Quando a Rhône-Poulenc solicitou anistia, as investigações já tinham descoberto conspirações para fixar preços e repartir mercados menores de vitaminas, tais como niacina, niacinamida e cloreto de colina. As pistas colhidas nas investigações prévias convergiam indicando a existência de um cartel no segmento das vitaminas A, C, E. Esse contexto precipitou a decisão de Rhône-Poulenc na busca por anistia. Com uma investigação seguida de outra, a Divisão [Antitruste] eventualmente descobriu um cartel em 12 diferentes mercados de vitaminas (HAMMOND, 2004) (em inglês no original⁶⁶).

A denúncia formalizada pela empresa Rhône-Poulenc S.A. foi fundamental para o desmanche deste cartel internacional, beneficiando a empresa com a anistia das multas no âmbito administrativo e a isenção da persecução criminal de seus dirigentes.

As investigações levaram à acusação de 12 empresas (três americanas, três alemãs, três japoneses, duas suíças e uma canadense) e 14 indivíduos, culminando na condenação das denunciadas a quase U\$S 1 (um) bilhão em

⁶⁵ CADE, Processo Administrativo n. 08012.004897/200-23, Rel. Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, julgado em 14 de março de 2012.

⁶⁶ No original: *“It has been widely acknowledged that one of the keys to the Division's success in cracking the worldwide vitamin cartel was the cooperation provided by Rhône-Poulenc SA pursuant to its amnesty application. However, what may not be fully appreciated is that the Division had been investigating the vitamin industry for more than two years before Rhône-Poulenc came forward. By the time Rhône-Poulenc sought amnesty, the investigation had already uncovered conspiracies to fix prices and allocate smaller vitamin markets, such as niacin, niacinamide, and choline chloride. These investigations were generating leads that indicated the existence of cartel activity in the massive vitamin A, C, and E markets. It was the development of these leads that precipitated Rhône-Poulenc's decision to seek amnesty. With one investigation rolling over into the next, the Division eventually uncovered cartel activity in 12 different vitamin markets”*.

multas e com 11 executivos presos, incluindo seis estrangeiros (HAMMOND, 2004) (em inglês no original⁶⁷).

O principal líder do cartel era a empresa La Roche, com relevante participação da empresa BASF no esquema. Essas empresas foram condenadas e multadas nos Estados Unidos em, respectivamente, U\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de dólares) e U\$ 225.000.000,00 (duzentos e vinte e cinco milhões de dólares).

Na Europa, o total da multa aplicado às empresas condenadas supera a marca dos €850.000.000,00 (oitocentos e cinquenta milhões de euros), à exceção da participante no programa de leniência. No Brasil, as empresas envolvidas nesse cartel foram multadas em R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais).

3.5.3 Cartel dos eletrodos de grafite

Eletrodos de grafite são equipamentos utilizados nos fornos elétricos para gerar o intenso calor necessário para a fabricação de aço.

Nesse segmento de mercado, a empresa Carbide/Graphite participou do programa de leniência ao denunciar a formação de um cartel global dentre os concorrentes da categoria, que manipularam os preços e combinaram *market shares* entre 1992 e 1996. Durante o esquema, os preços aumentaram mais de 60%.

Após o julgamento, as empresas SGL Carbon AG, Mitsubishi Corporation e UCAR International foram multadas em mais de \$100 milhões de dólares cada uma. No total, o valor das multas aplicadas chega a U\$ 437.000.000,00 (quatrocentos e trinta e sete milhões de dólares).

Na Europa, foram aplicadas multas de € 900.000.000,00 (novecentos milhões de euros).

⁶⁷ No original: “Our investigation led to the prosecution of 12 companies (three U.S., three German, three Japanese, two Swiss, and one Canadian) and 14 individuals, nearly \$1 billion in fines, and the incarceration of 11 executives, including 6 foreign nationals”.

3.5.4 Cartel das empresas de vigilância

Em 8 outubro de 2003⁶⁸, a empresa de segurança *ANTARES* denunciou um cartel às licitações no Rio Grande do Sul. Os certames afetados foram realizados pela Superintendência Regional da Receita Federal no Rio Grande do Sul e pela Secretaria Municipal de Saúde de Porto Alegre.

Em troca de imunidade administrativa e criminal, a empresa Antares providenciou testemunhas, gravações de áudio e outros documentos que comprovavam a infração relatada a seguir. Conforme a denúncia, o cartel passou a ser formalizado em 1994 com a criação da Associação das Empresas de Vigilância do Rio Grande do Sul – ASSEVIRGS.

Semanalmente eram realizadas reuniões na sede do sindicato, nas quais as empresas levavam os editais das licitações a ocorrer durante a semana e decidiam quem venceria e qual preço seria dado na licitação. A troca de propostas também se realizava por e-mails e envelopes trocados entre as empresas nas semanas que antecediam as licitações.

A empresa escolhida no sorteio selecionava as demais participantes da licitação, que apresentariam preços superiores, e as que seriam inabilitadas em razão da falta de documentos. A presença deliberada de uma empresa não habilitada tinha como função monitorar a participação de empresas que descumprissem o acordo.

Pelas provas colhidas na instrução processual, participaram do cartel as empresas EBV, EPAVI, Delta, MD, Mobra, ONDREPSB, Protege, Protevale, Reação, Rota-Sul, Rudder, Panambi, Vigilância Pedrozo, Seltec, Sênior, Secure e Antares.

Em outubro de 2007, o Cade condenou as 16 empresas do setor pela prática do cartel (à exceção da denunciante), cumulando um total de multas superior a R\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de reais).

⁶⁸ Em 2008, um decreto presidencial estabeleceu este dia como sendo o Dia de Defesa da Concorrência no Brasil.

3.5.5 Cartel dos compressores para refrigeração

No ano de 2009, a Secretaria de Direito Econômico firmou acordo de leniência no mercado brasileiro de compressores para refrigeração. Esse cartel causou prejuízo apenas aos consumidores brasileiros entre 1996 e 2004; posteriormente, alcançou também mercados da Europa e da América do Norte.

Dentre as firmas investigadas estão Whirlpool, Brasmotor, Whirlpool Unidade Embraco, Danfoss, Tecumseh, ACC (Appliances Components Companies) e Panasonic Electric Works. Além do acordo de leniência firmado, outros participantes firmaram Termos de Cessação de Conduta que resultaram em multas de mais de R\$ 100.000.000,000 (cem milhões de reais).

Esse processo administrativo ainda encontra-se em trâmite no Cade. A Superintendência-Geral recomendou a condenação de três executivos das empresas envolvidas⁶⁹.

⁶⁹ Sobre o tema, ver: RODRIGUES, Eduardo. Cade Recomenda condenação de executivos por cartel in Jornal O Estado de São Paulo, 29 de novembro de 2012. Disponível em <http://economia.estadao.com.br/noticias/economia,cade-recomenda-condenacao-de-executivos-por-cartel,136322,0.htm>. Acesso em 28/02/2013

4. ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA

A incorporação da leniência nos diversos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo e sua adequação às realidades nacionais foram cruciais para o desenvolvimento e aperfeiçoamento desta política para repressão de cartéis.

Neste capítulo, serão expostos aspectos que geram controvérsias na experiência internacional com a leniência e especificidades que foram se desenvolvendo nos modelos de leniência em paralelo.

4.1 Eficiência, eficácia e efetividade

Apesar de serem palavras similares e muitas vezes usadas indistintamente, eficiência, eficácia e efetividade não são sinônimos.

A eficiência, conceito prescrito no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, trata da alocação de recursos, dos meios utilizados para atingir o objetivo proposto. Representa uma relação custo/benefício dos recursos alocados.

De acordo com Vilfredo Pareto, a eficiência econômica máxima (ou eficiência de Pareto) seria atingida quando nenhuma outra modificação na alocação de recursos pode ser realizada de modo a favorecer um indivíduo sem prejudicar nenhum outro (BARR, 2012, p. 40).

Entretanto, o conceito de Pareto não necessariamente reflete a distribuição desejável de recursos, já que não há qualquer menção sobre equalização ou bem-estar generalizado de uma sociedade (BARR, 2012, p. 46). Além disso, na prática, é bastante difícil uma realocação de recursos que não resulte em alguma externalidade negativa.

Diante disso, Nicolas Kaldor e John Hicks refinaram o conceito de eficiência econômica. Segundo os autores, uma realocação é mais eficiente quando as externalidades positivas sobrepuserem as externalidades negativas. É conferido maior importância ao aspecto da compensação (BARR, 2012, p. 60).

Dessa forma, o conceito de eficiência econômica de Kaldor-Hicks é mais abrangente que o de Pareto, como mostra a Figura a seguir.

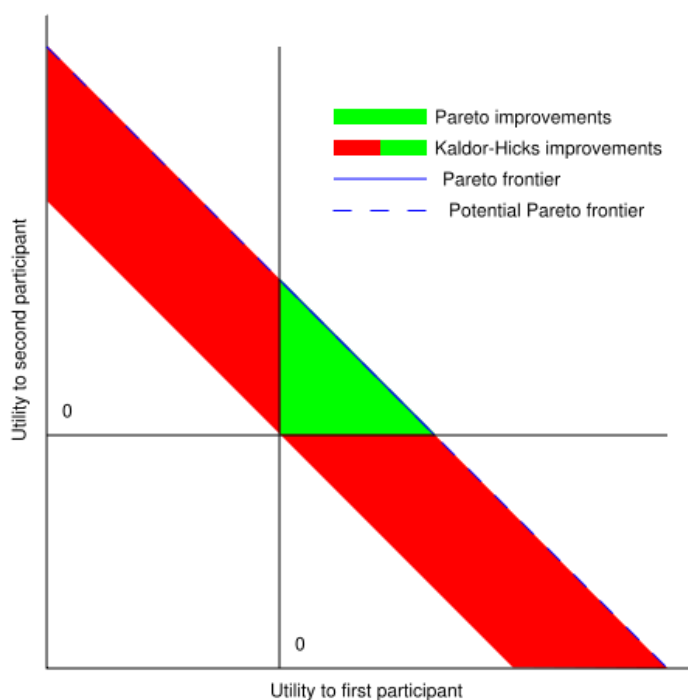


Figura 2: Eficiência de Kaldor-Hicks e Pareto

Devido ao mínimo investimento necessário para a implementação de uma política de leniência, forçoso se concluir que a eficiência a leniência é, *per se*, bastante eficiente.

O conceito de eficácia se relaciona aos resultados materiais obtidos com a execução de determinado processo ou atividade. Nesse aspecto, a eficácia do primeiro programa de leniência adotado pelos Estados Unidos em 1978 foi bastante limitada, dado que apenas 17 acordos foram celebrados em 16 anos de vigência. Após a reformulação da leniência, em 1993, sua eficácia se elevou significativamente, dado o aumento em mais de 2.000% no número de acordos de leniência (HAMMOND, 2004).

No novo contexto, apenas em 1999, o *Amnesty Corporate Program* foi responsável pelo recolhimento de mais multas que o total de multas impostas desde a adoção do Sherman Act, em 1890 (Aubert *et. al.*, p. 2)

Destarte, a eficácia do programa de leniência (que só pode ser avaliada de maneira relativa) apresenta-se mais elevada nos países que tem uma legislação concorrencial mais desenvolvida.

Segundo Scott Hammond (2004), a eficácia das políticas de leniência depende da conjugação de três fatores: i) elevadas penalizações àqueles que não qualificarem para o programa de leniência, ii) alta probabilidade de detecção dos cartéis pela autoridade antitruste, iii) regulamentação explícita, transparência e segurança jurídica das decisões da autoridade antitruste.

O estudo realizado por Brenner (2005) encontrou fortes evidências de que o programa de leniência promove a melhoria de qualidade das informações obtidas pela autoridade antitruste, o que aumenta a eficácia do combate antitruste.

O conceito de efetividade, por sua vez, afere em que medida os resultados obtidos por uma prática induzem aos efeitos desejados. Num programa de leniência, os efeitos desejados são a desistência da formação de novos cartéis e a dissuasão dos cartéis existentes.

O crescente número de cartéis descobertos pelas autoridades de defesa da concorrência costuma reforçar a ideia de que os programas de leniência realmente produzem resultados efetivos no combate a cartéis. Segundo Gordon Klein (2011), após um ano de implementação, a leniência promove um impacto positivo no ambiente competitivo industrial.

Os estudos de Chen e Harrington (2007) denotam que programas de leniência bem estruturados apresentam uma alta efetividade, mas programas mal desenvolvidos podem apresentar o efeito contrário. Nessa esteira, Klein observa que a maior detecção dos cartéis pode ser resultado de uma maior formação de cartéis com a adoção da política de leniência, já que ela induz a uma redução global das penalidades aplicáveis (2011, p. 9).

Segundo Wils, a máxima efetividade da leniência é atingida com uma política que assegure o mínimo de anistia necessário para conseguir delações sem que haja uma subpunição dos envolvidos (2011, p. 18).

4.2 Restrições à celebração de acordo de leniência

4.2.1 Momento de admissão da leniência

A primeira política de leniência, desenhada para o direito antitruste em 1978, admitia a celebração do acordo apenas antes do início das investigações. A evolução dessa política na experiência internacional vem demonstrando que a leniência deve ser estendida às situações em que investigações já começaram.

Para Motta e Polo (2011), esse mecanismo é uma das chaves para o sucesso dos programas de leniência. Depois do início das investigações, a probabilidade de que uma empresa seja condenada pela formação de um cartel aumenta em relação ao cenário em que não havia investigações.

Isso porque depois do início das investigações torna-se mais atrativo a cooperação dos infratores com a autoridade antitruste. A probabilidade *in abstracto* de detecção dos cartéis já foi levada em consideração quando as empresas decidiram formar um conluio, como afirmam Brisset e Thomas (2004, p. 5), Antes das investigações serem iniciadas, não existe modificação de contexto apta a incentivar a denúncia espontânea de um cartel.

A cooperação não pode ser completamente descartada mesmo quando a autoridade antitruste já possui provas para condenar o cartel. Os elementos trazidos por um participante do conluio podem fortalecer a persecução contra os demais envolvidos e até mesmo indicar a existência de mais participantes na infração. Porém, o valor das informações trazidas deve ser avaliado *in concreto*, de modo a não provocar uma subpunição da empresa que se envolve na organização criminosa.

4.2.2 Restrição ao líder

De acordo com Bos, as características mais comuns quanto à “liderança” nos cartéis são: a) geralmente existe mais de um líder por cartel; ii) o papel dos líderes é bastante diversificado; iii) os líderes são geralmente as maiores empresas.

Na maioria dos países que adotam programas de leniência, este acordo não pode ser celebrado pela empresa que agiu como um líder no esquema, a exemplo dos Estados Unidos (*leader*) e da Alemanha (*alleinigen Anführer des Kartells*).

Em defesa dessa restrição, aduz Sobral:

(...) o acordo de leniência não pode e nem deve servir para acobertar aqueles que estiverem à frente da conduta infrativa e simulam uma confissão para se beneficiar com os incentivos do programa de leniência enquanto os demais partícipes sofrem as penalidades da lei (2001, p. 136).

Na Lei 10.149/00, o art. 35-B, §1º, da Lei 8.884/94 dispunha que a leniência “*não se aplica às empresas ou pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta tida como infracionária*”.

Na Lei 12.529/11, essa restrição à celebração do acordo de leniência foi removida, a exemplo do modelo introduzido pela União Europeia em 2002⁷⁰.

Em defesa da não restrição da leniência ao líder, Iwan Bos aponta que a exclusão do líder pode causar o efeito adverso no mercado, elevando-se os lucros pretendidos pelos “líderes” do cartel (2011, p. 4). A seu ver, seria mais eficiente estabelecer-se um critério objetivo na dosimetria das penalidades, *v.g.* o tamanho da empresa envolvida, na dosimetria das penalidades.

⁷⁰ Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002XC0219\(02\):PT:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002XC0219(02):PT:HTML). Acesso em 23/06/2013.

4.3 Quantidade de acordos de leniência admitidos por infração

No que se refere à quantidade de lenientes admitida por determinado cartel, a experiência internacional apresenta dois sistemas característicos: o sistema europeu e o sistema norte-americano. No primeiro sistema, são admitidos múltiplos lenientes pela mesma infração. Já no sistema norte-americano – adotado no Brasil –, a leniência só é permitida ao primeiro denunciante do cartel, no estilo *winner takes it all*.

De maneira pragmática, pode-se afirmar que os sistemas de Brasil e Estados Unidos admitem a celebração de outros “acordos de leniência” sob uma roupagem diversa. É que no *plea agreement* e no Termo de Compromisso de Cessação, uma empresa que não conseguiu se habilitar para a leniência pode receber uma redução nas penalidades cominadas pela conduta ao admitir seu cometimento, a qual se relaciona à qualidade e primazia de sua colaboração.

4.3.1 Sistema Escalonado (Europeu)

No sistema de leniência adotado pela União Europeia, mesmo depois de recebida a primeira denúncia, outras empresas que participaram daquele cartel podem se inscrever no programa de leniência e, se contribuírem significativamente no desmanche da organização criminosa, receberão descontos em suas penalidades, nos seguintes termos:

2002/C 45/03 - Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis
Item 23. Na decisão final adoptada no termo do processo administrativo, a Comissão determinará: (...)

b) O nível de redução de que a empresa beneficiará, que será determinado da seguinte forma tendo por base a coima que de outra forma seria aplicada:

À primeira empresa que preencha as condições previstas no ponto 21: uma redução de 30-50 %;

À segunda empresa que preencha as condições previstas no ponto 21: uma redução de 20-30 %;

Às empresas seguintes que preencham as condições previstas no ponto 21: uma redução de até 20 %.

Apesar dos expressivos resultados alcançados pelo combate antitruste da Comunidade Europeia, boa parte da doutrina entende que essa benesse reduz a efetividade das políticas de leniência.

Segundo Motta e Pollo (2011), se a redução da multa se estender a todos os que denunciarem o mesmo cartel, o custo de participação no cartel se reduz, ampliando mais ainda a atratividade do conluio e conduzindo a uma externalidade extremamente negativa no mercado.

Nesse mesmo sentido, Spagnolo (2000) entende que uma política de leniência ótima é aquela na qual apenas o primeiro a denunciar recebe a indulgência, tendo em vista que quanto “mais leniente” for o programa de leniência, mais fácil é a sua exploração.

Como já dito, o sistema que premia apenas o primeiro leniente gera o efeito denominado “Corrida aos Tribunais” pelo temor da realização da denúncia em segundo lugar. De acordo com informações da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, em alguns casos, o segundo denunciante foi vencido pelo que assegurou a leniência por apenas algumas horas (GRIFFIN, 2003).

Nas políticas em que o segundo, terceiro e quarto delator recebem tratamento leniente, as firmas poderiam utilizar, com sucesso, uma estratégia “esperar para agir” (*wait and see*). Nesse sistema, a atratividade da realização da primeira denúncia é reduzida, tornando mais favorável aos participantes do conluio continuar auferindo lucros através da prática anticoncorrencial e colocar-se em *stand by*, aguardando que seja realizada a primeira denúncia para que, logo em seguida, apresente-se frente à autoridade para receber uma redução nas penalidades como segundo denunciante (SPAGNOLO, 2005, p. 18).

4.3.2 Leniência *Plus*

Na leniência *plus*, a empresa que não consegue denunciar o cartel em primeiro lugar pode denunciar outro cartel em um mercado diverso, obtendo todos os benefícios da leniência na nova infração e sendo agraciada com uma redução substancial da pena na primeira infração.

Segundo Scott Hammond (2004), dentre os 50 cartéis internacionais que estavam sob investigação do *Department of Justice* em 2004, mais da metade

originaram-se em mercados completamente distintos em decorrência da anistia *plus*. Como já dito, esse modelo também é adotado no Brasil.

Nos Estados Unidos, a redução de penas na leniência *plus* é variável conforme o caso. O valor do desconto é calculado conforme: a) a força das provas apresentada pelo leniente *plus*, b) o potencial significado do caso descoberto, medido de acordo com o volume comercial envolvido, o objetivo geográfico e o número de conspiradores (empresas e indivíduos), e, c) a probabilidade de detecção do cartel sem a denúncia espontânea pela empresa que aderiu à leniência *plus* (HAMMOND, 2004).

A legislação brasileira, por sua vez, define uma redução fixa de 1/3 nas penalidades do primeiro cartel na hipótese de adesão à leniência *plus*, sendo, portanto, ato vinculado da Autoridade antitruste.

Com efeito, o modelo norte-americano é mais facilmente explorado, dado que conglomerados empresariais podem aplicar ao programa ao *amnesty plus* e cooperar ativamente, esperando uma alta redução nas penalidades aplicáveis pelo primeiro caso, sem prejuízo da isenção de penalizações no segundo.

Por outro lado, o sistema brasileiro deixa pouca margem de ação à Autoridade Antitruste, o que pode limitar a efetividade da política de leniência para os grandes cartéis. Não há quaisquer incentivos à delação de casos de grande relevância, o que torna mais vantajoso ao leniente *plus* delatar um pequeno cartel para obter a redução de penalidades.

A redução das penalidades em decorrência da leniência *plus* no primeiro cartel deve ser concedida em patamares bastante limitados. Caso contrário, o efeito *wait and see* torna mais interessante aos malfeitores esperar a primeira denúncia ser realizada para agir em sequência.

Para avaliar a efetividade da política de *amnesty plus*, os economistas Dijkstra e Schoonbeek (2011) realizaram estudos em dois cenários distintos: um ambiente teve um programa de leniência tradicional (sem leniência *plus*) e outro contava com um programa de leniência com leniência *plus*. Surpreendentemente, chegaram à conclusão que os incentivos à formação de cartéis multimercados seriam maiores diante da leniência *plus*, em decorrência da redução dos custos *ex ante* da formação do cartel, o que possibilitaria a estabilização conjunta de cartéis que seriam mais difíceis de manter no modelo convencional.

Ainda segundo os pesquisadores, os resultados da leniência *plus* seriam pró-competitivos apenas no cenário em que a autoridade antitruste tenha recursos bastante limitados e a possibilidade de detecção de cartéis de outra forma em determinado país seja bastante baixa.

4.3.3 *Plea agreements* (Termo de Compromisso de Cessação)

Nos Estados Unidos e no Brasil, a celebração do acordo de leniência propriamente dito é restrita ao primeiro denunciante de uma infração. Aos demais envolvidos no cartel, faculta-se a participação na leniência *plus* ou a celebração do Termo de Compromisso de Cessação (*plea agreement*).

O Termo de Compromisso de Cessação (TCC) é um documento que pode ser firmado por uma empresa sob investigação em processo administrativo diante da autoridade de defesa da concorrência.

Quando não existe acordo de leniência prévio ao TCC, costuma não existir decisão de mérito sobre a conduta, dado que o comprometente não é, em regra, obrigado a admitir o cometimento da infração. Nos casos em que a propositura de um TCC ocorre num processo em que já existe acordo de leniência, o contexto é diverso.

Isso porque se admite que a existência da infração é certa e a Administração já possuiria evidências suficientes para processar e condenar os responsáveis. Portanto, é requerido o reconhecimento de culpa pelo cometimento da infração, nos termos do Regimento Interno do Cade⁷¹

O TCC deve conter:

i) o reconhecimento de culpa e a legalidade de eventuais diligências de busca e apreensão

⁷¹Nesse tocante, alguns autores questionam a constitucionalidade da Resolução por afronta aos princípios da legalidade e da não autoincriminação. A esse respeito, ver: DALL'ACQUA e LIMA. **Confissão em infração concorrencial é inconstitucional** in Revista Consultor Jurídico. 9 de abril de 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-09/confissao-culpa-infracao-concorrencial-inconstitucional> Acesso em 24/06/2013

ii) declaração da empresa que não criará obstáculos à persecução administrativa e criminal do cartel, bem como às ações privadas de indenização por danos causados pela prática anticoncorrencial

iii) declaração de cooperação ativa e comprometimento com as investigações

iv) determinação do *quantum* da multa a ser aplicada ao proponente.

Além disso, a celebração de um TCC *post*-leniência deve atender ao interesse público, preservar o programa de leniência e dissuadir futuras práticas lesivas.

Quanto antes é firmado o termo, maior é a isenção de penalidades que pode ser conferida ao comprometente. Segundo Scott Hammond (2006), existem casos em que o *plea agreement* chegou a conceder uma redução de penalidades de 60% em razão da excelente colaboração do infrator.

No Brasil, a multa a ser aplicada no TCC deve ser definida pela Superintendência Geral.

Para a quantificação da multa, a adota-se o cenário de que: a) a infração é certa, b) há provas evidentes para condenação, c) o participante confessou sua participação. A multa deve partir da estimativa da sanção esperada no caso de condenação ao final de Processo Administrativo. Essa estimativa não é afetada por qualquer tipo de consideração acerca da possibilidade de absolvição do proponente. Isso porque, sendo certa a existência da infração e, sendo exigido do próprio proponente o reconhecimento da sua participação no ilícito, a redução da sanção esperada com base na possibilidade de o agente ser inocentado constituiria notório contrassenso (HAMMOND, 2006).

Não se trata de subverter o princípio da presunção de inocência. É apenas uma simplificação para facilitar a negociação de modo a não tornar-se o TCC “válvulas de escape” para a subpunição dos infratores. Tendo em vista a própria assimetria de informação (dado que o proponente sabe muito mais a respeito das evidências que serão adquiridas durante a instrução), estimativas mais conservadoras possibilitam um cenário de mínimo prejuízo à defesa da concorrência.

Nesse sentido, aduz o ex-Conselheiro do Cade, Olavo Chinaglia:

Em processos administrativos relativos a investigações de cartel em que já exista acordo de leniência, tenho que, como forma de maximizar a efetividade oriunda da celebração de TCCs, e ao mesmo tempo evitar um cenário de sub punição para o proponente, a negociação do acordo deve ter como parâmetros básicos (i) a sanção esperada pelo compromissário caso o processo venha a ser julgado e (ii) a otimização na política de combate a cartéis proporcionada pela celebração do compromisso. Tal otimização pode,

por sua vez, ser subdividida)ii).a) nos ganhos oriundos da cooperação oferecida pelo compromissário para a instrução processual em relação aos demais investigados e (ii).b) na economia de recursos e na diminuição de riscos trazidas pela realização do acordo (CADE, Processo Administrativo n. 08700.002709/2010-44, Relator Conselheiro Olavo Zago Chinaglia, p. 12).

Após assinatura do Termo, o processo administrativo será arquivado em relação ao compromissário. Quando o CADE efetuar o julgamento do caso, verificará o cumprimento das condições impostas no TCC. Se o acordo for cumprido, extingue-se a punibilidade do agente. Se o CADE verificar o não cumprimento dos termos do acordo, o processo administrativo é retomado e impõe-se uma multa ao compromitente.

4.4. Extensão da leniência

4.4.1 A delação (literalmente) premiada

Para atingir a máxima efetividade, as autoridades de defesa da concorrência buscam encontrar o ponto de equilíbrio entre a concessão de imunidades e a repressão concreta aos cartéis.

Em 2002, a Coréia do Sul introduziu sistema de recompensas monetárias em troca de informações que possibilitem o desmantelamento de um cartel. No entanto, a recompensa pecuniária era muito baixa e o temor de retaliação grande.

Para corrigir essa distorção, em 2006, a Korean Fair Trade Commission garantiu anonimato ao denunciante e aumentou as recompensas do programa de leniência, que poderiam chegar a até U\$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares)⁷².

Com efeito, a existência de uma promessa de recompensa aumenta os custos de formação cartel, já que os colaboradores devem ser mais bem remunerados para que não sejam tentados a denunciar o esquema às autoridades.

⁷² Disponível em: <http://apps.americanbar.org/antitrust/at-committees/at-s1/pdf/breaking-news/2006/11/11-23-06.pdf>. Acesso em 24/06/2013.

Essa política de leniência premiada vem sendo adotada com maior frequência no âmbito do combate antitruste. Outros países que introduziram a leniência premiada no programa de combate a cartéis foram Paquistão, Reino Unido⁷³ e Hungria.

Conforme os estudos de Aubert, Rey e Kovacic (2006), o oferecimento de recompensas aos indivíduos pode aumentar a efetividade do combate à colusão.

De acordo com o modelo de Brisset e Thomas (2004), a política de leniência ótima deveria contar com um sistema de recompensas financeiras para o delator que reportasse o cartel antes do início das investigações e, se a denúncia fosse posterior, deveria ser mantido o sistema de redução de penalidades.

O modelo de Spagnolo (2011) propõe um sistema de recompensas bastante agressivo na leniência. Segundo ele, o total das recompensas concedidas ao leniente poderia corresponder à soma das sanções aplicadas aos outros conspiradores.

Por outro lado, Hinloopen e Soetevent (2008) advertem que estratégias do tipo “formar cartel e denunciar” poderiam ser adotadas de maneira sistemática e efetiva se o programa de leniência for muito generoso.

Outro argumento relevante contra o oferecimento de recompensas num programa de leniência foi referido quando se tratava das críticas à delação premiada no Capítulo 1. Se já é questionável, do ponto de vista ético-moral, não punir alguém que agiu ilegalmente e traiu seus comparsas, recompensar financeiramente o criminoso por essa delação seria detestável.

4.4.2 Imunidade criminal

De acordo com Araújo (2010), diversos países vêm incluindo a criminalização dos cartéis na sua agenda de defesa da concorrência. No Brasil, a conduta foi criminalizada pela Lei 8.137/90.

A leniência determina a suspensão do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia em relação ao agente beneficiário que tiver cometido os

⁷³ A partir de 2008, foi introduzido no Reino Unido o sistema de recompensas, que concede até 100.000 libras pela denúncia de um cartel. Mais em: http://www.oft.gov.uk/OFTwork/competition-act-and-cartels/cartels/rewards#.Ub4Os_nVAig. Acesso em 16/06/2013.

crimes descritos Lei 8.137/90, pela Lei 8.666/90 e pelo art. 288 do Código Penal, nos termos do art. 87, da Lei 12.529/11.

Em face disso, é imperioso que o *Parquet* participe da celebração do acordo de leniência, já que o monopólio da ação penal é exercido pelo Ministério Público (MP). Questiona-se, porém, qual órgão ministerial teria competência para celebrar o acordo de leniência.

O posicionamento do STJ diante da controvérsia é que, caso o cartel atinja apenas um Estado da Federação, é competente o Ministério Público daquele Estado. Se mais de um Estado da Federação for afetado pelo cartel, a jurisdição passa a ser exercida pela Justiça Federal, cabendo ao *Parquet* Federal o exercício da ação penal (GABAN e DOMINGUES, 2009, p. 293).

Outro questionamento dirigido ao instituto é se o fato de um membro do Ministério Público assinar o acordo de leniência impediria que outro membro do *Parquet* oferecesse a denúncia, ao tomar conhecimento do crime.

Porém, se um membro do *Parquet* compromete-se a não oferecer a denúncia diante do acordo de leniência, não há que se falar no oferecimento da denúncia por outro ente do Ministério Público. Conforme o próprio texto constitucional, o Ministério Público é uno e indivisível (Constituição Federal, art. 127, §1º). Portanto, quando um de seus membros compromete-se em algum sentido, o está fazendo em nome da entidade, e não em nome próprio.

Outras questões debatidas pela doutrina dizem respeito à (in)constitucionalidade do acordo de leniência.

Em relação à atuação do Ministério Público, aponta-se para o descumprimento do poder-dever constitucional do MP de provocar o exercício da jurisdição ao tomar conhecimento de fato que repute como crime. Caso o MP pretendesse não oferecer a denúncia, deveria dirigir pedido de arquivamento do inquérito ao Poder Judiciário, o qual, no exercício de sua competência, poderia determinar o arquivamento dos autos ou a remessa do caso ao Procurador Geral do Ministério Público. Outra não é a leitura que se faz do Código de Processo Penal:

Art. 28, Código de Processo Penal: Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro

órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Deveras, no acordo de leniência, o Ministério Público toma conhecimento da infração e permanece inerte, sem exercer a ação penal tampouco solicitar o arquivamento do caso ao Poder Judiciário.

No entanto, filiamo-nos à corrente que defende que o acordo de leniência é uma hipótese excepcional através da qual o Ministério Público pode dispor da ação penal, de maneira análoga às previsões legislativas de suspensão condicional do processo e transação penal constantes na Lei 9.099/90.

Questiona-se também a constitucionalidade da leniência no que tange à extinção da punibilidade automática do agente no âmbito criminal após decisão discricionária do Cade. Defende-se que o Cade, integrante do Poder Executivo, não poderia decretar a extinção de punibilidade na seara criminal, já que o sistema constitucional brasileiro confere monopólio jurisdicional ao Poder Judiciário.

A nosso ver, a extinção da punibilidade do agente não é decisão jurisdicional da Autarquia de Defesa da Concorrência, mas mero efeito legal decorrente do próprio programa de leniência, nos termos da Lei.

Na decisão final, o CADE apenas verifica o cumprimento dos termos do acordo previamente firmado; se homologado, a extinção da punibilidade do agente é mero efeito legal, por força do disposto no art. 87, parágrafo único, da Lei 12.529/11.

4.4.3 Imunidade Civil

O custo das ações privadas de danos intentadas pelos consumidores prejudicados é um importante fator que limita a efetividade das políticas de leniência. Os estudos do Professor Caroline Cauffman (2011), da Universidade de Maastricht, e de Marisa Meli, na Itália, comprovam que as ações privadas têm um efeito bastante contraproducente na leniência por reduzir as vantagens da confissão de uma prática colusiva.

A leniência não deve ser desencorajada por decisões que determinem a apresentação coerciva de provas documentais no âmbito de uma ação cível. Os potenciais interessados em solicitar a imunidade ou a redução de multas poderiam ser dissuadidos de cooperar com a Comissão ao abrigo da presente comunicação se tal pudesse prejudicar a sua posição no âmbito de ações cíveis em relação às empresas que não cooperam com a Comissão. Estes

efeitos indesejáveis prejudicariam significativamente o interesse público, que consiste em garantir a aplicação efetiva do artigo 81º CE em processos relativos a cartéis pelas autoridades públicas e em permitir a sua aplicação subsequente ou paralela no âmbito de ações cíveis (2006/C 298/11 - Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis).

Para que a empresa que participe do programa de leniência não prejudique a si mesmo por apresentar provas à autoridade antitruste, é imperiosa a confidencialidade dos documentos apresentados.

Com efeito, as indenizações cíveis intentadas contra um cartel atingem cifras altíssimas. Apenas nos Estados Unidos, as condenações em decorrência do cartel das vitaminas (exposto no item 2.6.2) chegam à casa dos bilhões de dólares. Esse prejuízo pode afastar potenciais participantes do programa de leniência devido ao risco de expressivas perdas no âmbito cível.

Além disso, existe o risco das ações indenizatórias intentadas por diretores e detentores de capital de uma empresa. Diante da admissão do ilícito na administração da empresa, os responsáveis pela conduta podem ser acionados judicialmente pelos investidores prejudicados.

Desde 2004, os Estados Unidos, adotam uma política que exclui a responsabilidade da empresa que denuncia o cartel por danos incertos (emergentes, cessantes etc.), restando responsável apenas pelos prejuízos efetivamente causados.

O modelo brasileiro de leniência da Lei 12.529/11 não incluiu qualquer benefício quanto às indenizações cíveis pelas quais a empresa leniente seria responsável.

4.5 Reincidência

A reincidência ocorre quando uma empresa comete uma segunda infração igual ou análoga à primeira pela qual tenha sido condenada pela Autoridade de Defesa da Concorrência. Portanto, só há que se falar em reincidência se a segunda infração começa ou continua depois da data na qual se deu uma decisão final em relação à primeira infração.

As estatísticas demonstram que os reincidentes representam uma parcela mais substancial dos beneficiados pela leniência. No período compreendido entre 2006-2010, a Comissão Europeia condenou 38 (trinta e oito) cartéis, dos quais faziam parte 255

(duzentas e vinte e cinco) empresas. Nesse universo, 31 (trinta e uma) das empresas eram reincidentes (12,15%). Em 28 desses 38 (trinta e oito) cartéis, foram celebrados acordos de leniência. Dentre as empresas beneficiadas pela leniência, 7 (sete) eram reincidentes, o que representa 25% (WILS, 2011, p. 18).

Para não beneficiar reincidentes, a política de leniência adotada até o final de 2011 na Grécia não permitia que fosse celebrado acordo de leniência por quem já participou do programa ou foi condenado pela prática de cartel.

Entretanto, esse tipo de política tem um custo substancial para a efetividade do programa de leniência. Excluindo-se a possibilidade de uma empresa reincidente participar do programa de leniência, os cartéis se tornam cada vez mais fortes. Após a condenação de um cartel, os estímulos para que o mesmo grupo forme um conluio seriam maiores, dado que os partícipes não poderiam participar do programa de leniência, o que facilitaria a criação e manutenção de cartéis. Paradoxalmente, excluir a reincidência da leniência pode encorajar a reincidência (WILS, 2011, p. 30).

Como observa Connor (*apud* WILS, 2011, p. 21), o fato de a reincidência estar crescendo rapidamente justifica a adoção de políticas que impõe multas e outras sanções bem mais elevadas aos reincidentes.

Nesse sentido, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos delineou um programa denominado *Penalty Plus*. Se uma empresa que já foi processada e não aplicou à leniência *plus* solicitar posterior participação no programa de leniência por essa segunda infração, receberá um desconto de cooperação muito menor do que receberia se tivesse optado pela denúncia no primeiro momento. Caso esse segundo cartel seja descoberto por outras vias, a condenação ao final do processo administrativo é substancialmente maior a que seria aplicada pela não aplicação à leniência *plus* e pela reincidência.

CONCLUSÃO

A efetividade da repressão às infrações contra a ordem econômica depende da difusão da cultura da concorrência e da eficácia de seus instrumentos de investigação. Para alcançar um ambiente concorrencial mais saudável, o Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência atua em dois sentidos: a) no controle preventivo, realiza a difusão da cultura da concorrência na sociedade através da Secretaria de Acompanhamento Econômico, b) no controle repressivo, utiliza o Conselho Administrativo de Defesa Econômica para identificar e punir os responsáveis por infrações à ordem econômica.

No que tange ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a integração das funções investigativas da SDE na estrutura do CADE promoveu economias de escala e de escopo, o que possibilita o desenvolvimento pragmático da disciplina da concorrência. A partir da concentração das atividades investigativas, os recursos poderão ser alocados de maneira mais eficiente o que, em última análise, aumenta a probabilidade (p) de detecção dos cartéis com recursos próprios da Autoridade da Concorrência.

No âmbito dos instrumentos para detecção de cartéis, o programa de leniência tem significativa importância. Em pouco mais de uma década, a política brasileira de leniência já foi capaz de detectar mais de 25 concertos anticoncorrenciais, sendo alguns de relevância internacional. No entanto, o número de acordos de leniência celebrados no país ainda é relativamente baixo se comparado com outros países que tem a cultura de defesa da concorrência mais consolidada.

A reformulação de alguns aspectos da política de leniência pode aumentar sua utilidade instrumental.

Nesse sentido, dentre as inovações positivas trazidas pela Lei 12.529/11, destacam-se a sistematização da regulamentação da leniência e a maior abrangência do programa de leniência,

No que tange à não restrição da leniência ao líder, ainda que exista maior grau de reprovabilidade na conduta do organizador do cartel, todos os partícipes cometeram infrações e, por isso, devem ser reprimidos pela autoridade de defesa da concorrência. cartéis.

Quanto à quantidade de acordos de leniência firmados por infração, ainda que a doutrina proponha a divergência entre os sistemas europeu e norte-americano, entendemos que o instituto do *plea agreement* norte-americano (TCC brasileiro) instrumentaliza o sistema de leniência escalonado europeu, pelo que não se observam diferenças substanciais entre os institutos.

No que diz respeito à leniência *plus*, a vinculação do *quantum* de redução de penalidades a 1/3 não deixa nenhuma margem ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência para avaliar aspectos materiais do caso concreto – como a dimensão do mercado afetado e a qualidade da colaboração –, o que facilita a exploração do programa de leniência. Se fosse conferida maior liberdade à autoridade de defesa da concorrência poderia aumentar a efetividade da leniência *plus*.

No entanto, a redução de penalidades *plus* deve ser concedida em patamares bastante limitados, para que o efeito *wait and see* não torne mais interessante aos malfeitores esperar a primeira denúncia ser realizada.

Em última análise, a regulamentação que proposta é, em linhas gerais, idêntica à do TCC, já que a Superintendência-Geral tem discricionariedade para tratar dos termos do compromisso com o interessado, de modo a preservar o interesse público.

Seguindo esse raciocínio, o TCC e programa de leniência poderiam ser agrupados sob uma mesmo instituto, o que simplificaria a legislação concorrencial e ajudaria na difusão e implementação da Política de Combate a Cartéis.

A política norte-americana da *Penalty Plus* parece produzir estímulos positivos no programa de leniência, pelo que representa um indutor à cooperação sem qualquer externalidade negativa para o sistema de defesa da concorrência.

A respeito das indenizações de natureza cível, o sistema a redução das penalidades incertas de natureza cível parece ser um estímulo importante para a leniência, já que os referidos estudos da Caroline Cauffman e Marisa Meli denotam o efeito bastante contraproducente das indenizações na política de leniência.

Por fim, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência poderia implementar o sistema de recompensas em caráter experimental, da mesma forma que fez o Reino Unido em 2008. Não se pode deixar o conservadorismo impedir a ruptura de paradigmas quando o objetivo é aumentar a efetividade do combate antitruste, desde que sejam respeitados princípios e direitos constitucionais.

Essas sugestões representam apenas diretrizes para o desenvolvimento da política de leniência, já que a melhor formulação da leniência deve decorrer da própria experiência nacional, dado que o combate antitruste não se pode pautar por uma reprodução acrítica de modelos internacionais pela necessidade de adaptação às realidades nacionais.

Por se tratar de um instrumento relativamente novo, a leniência vem passando por um constante processo de aprendizagem, evolução e experimentação. Por isso, não se podem descartar modificações (ou até uma completa reestruturação) quando o objetivo é desenvolver a política de combate aos cartéis.

REFERÊNCIAS

ALVES, Marcelo (Organizador). **Direito e Política na Revolução Francesa**. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2012.

ANVERSA, Gerson Luís Albrecht. **A defesa da concorrência no Brasil: experiência histórica, fundamentos teóricos e ação do Ministério Público Federal**. 2004. f. 62-63. Dissertação (Mestrado em Economia)- Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.

APOLINARIO, Maria Raquel. **História: Projeto Araribá – Volume 6 (Livro Didático)**. 2ª ed, São Paulo: Moderna, 2012.

ARP, Jarrett. SWAAK, Christoff. **Immunity from Fines for Cartel Conduct Under the European Commission's New Leniency Notice**. 2002.

BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. **A Inquisição**. Tradução de Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Imago, 2001.

BAPTISTA, Bruno de Souza Martins. **A inconstitucionalidade da delação premiada no Brasil**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/14848/a-inconstitucionalidade-da-delacao-premiada-no-brasil/4>. Acesso em 14 de fevereiro de 2012.

BARR, Nicholas. The Relevant Barr, Nicholas (2012). **The relevance of efficiency to different theories of society in Economics of the Welfare State**. 5ª ed. Oxford University Press: Oxford, 2012.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução Torrieri Guimarães. 6ª ed. São Paulo: Martin Claret Ltda, 2000.

BÍBLIA, N.T.: Mateus. Português. **Bíblia Sagrada**. Tradução: Centro Bíblico Católico. São Paulo: Ave Maria, 2002.

BLOCH, Robert; E. SCHMIDT, J. P.; WINTERS, G. A.; DRISCOLL, J. **Leniency and Plea Bargaining in Cartel Investigations in the United States**. MAYER BROWN LLP: 2008

BLOOM, Margaret. **Despite Its Great Success, the EC Leniency Program Faces Great Challenges**. European University Institute, 2006.

BOS, Iwan. **Cartel Ringleaders and the Corporate Leniency Program**. 2011. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1910000 . Acesso em 20/04/2013.

BOSSUET, Jacques-Béngne. **Política Tirada das Sagradas Escrituras in FREITAS, Gustavo de**. 900 Textos e Documentos de História. Lisboa: Plátano Editora, s/d.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. “**Programa de Leniência**” in www.cade.gov.br. Disponível em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?ba7bbd42ce4dcf6afe4017>. Acesso em 28/02/2013.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Combate a Cartéis e Programa de Leniência**. Brasil, 2009. Disponível em: http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE_CADE.pdf. Acesso em 28/02/2013

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo n.º 08012.004702/2004-77**, Rel. Conselheiro Carlos E. J. Ragazzo, julgado em 25 de abril de 2012.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo n.º 08700.004992/2007-43**, Rel. Conselheiro Paulo Furquim, julgado em 17 de dezembro de 2008.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução n.º 1/2012: Regimento Interno do Cade**. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%201_2012%20-%20RICADE%20\(2\).pdf](http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%201_2012%20-%20RICADE%20(2).pdf). Acesso em 28/02/2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

_____. **Lei 12.529/11**, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em 28/02/2013.

_____. **Lei 8.884/94**, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm. Acesso em 28/02/2013.

_____. Ministério da Justiça. **Portaria 456**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/2010PortariaMJ456.pdf>. Acesso em: 28/02/2013.

BUCCIROSSI, P. SPAGNOLO, G. **Leniency Policies and illegal transactions**. Estados Unidos, 2008. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0047272705001404> . Acesso em 28/02/2013.

BRENNER, Steffen. **An empirical study of the European corporate leniency program**. Março de 2005. Humboldt-University, Berlin. Disponível em: http://www.fep.up.pt/conferences/earie2005/cd_rom/Session%20VII/VII.G/brenner.pdf. Acesso em: 23/06/2013.

BRISSET, Karine. THOMAS, Lionel. **Leniency Program: A New Tool in Competition Policy to Deter Cartel Activity in Procurement Auctions**. European Journal of Law and Economics, 17:5-19, 2004.

CAUFFMAN, C. **The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages**. Estados Unidos, 10 out. 2011. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1941692. Acesso em 28/02/2013.

CAVALCANTI, Fernando da Cunha. **A delação premiada e a sua (in)conformidade com a Constituição Federal** in Portal Âmbito Jurídico, s/d. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9380&revista_caderno=22 . Acesso em 21/06/2013

CHEN, Zhijun., REY, Patrick. **On the Design Of Leniency Programs**, 04 jan. 2012. Disponível em: http://idei.fr/doc/by/reyleniency_v2.pdf. Acesso em 28/02/2012.

CHINELLI, Ana Paula. **O Evangelho segundo Judas** in Revista Superinteressante. Disponível em: <http://super.abril.com.br/religiao/evangelho-judas-446400.shtml>. Acesso em 13 de junho de 2013.

COMISSÃO EUROPÉIA. **2006/C 298/11: Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis**. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC1208\(04\):PT:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC1208(04):PT:HTML). Acesso em 28/02/2013.

_____. **“Leniency Programme”**. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/leniency.html>. Acesso em 16/02/2013.

CORDOVIL, Leonor. CARVALHO, Vinícius Marques de. BAGNOLI, Vicente. ANDERS, Eduardo C. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

COSTA, Marcos Agnelo da. **Delação premiada**. Monografia de graduação em Direito. 2008. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/vdisk3/data/Delacaopremiada.pdf> Acesso em 20/06/2013.

DAL RI JÚNIOR, Arno. PAULO, Alexandre R. CASTRO, Alexander de. SONTAG, Ricardo. **Iluminismo e Direito Penal**. Florianópolis: Boiteux, 2008.

DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Os meios de Combate aos Cartéis Internacionais Hard-Core**. UFSC: Florianópolis, 2005.

EKMAN, Ernst. **The Danish Royal Law of 1665**. 1957. Disponível em: <http://www.jstor.org/discover/10.2307/1872214?uid=3737664&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21102354896821>. Acesso em 20/06/2013

ESTADOS UNIDOS. Department of Justice. **Corpoarte Leniency Police**. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>. Acesso em 16/02/2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010.

FIGUEIREDO, Leonardo V. **Lições de Direito Econômico**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FRANCO JUNIOR, Hilário. **Idade Média: Nascimento do Ocidente**. São Paulo: Brasiliense, 2002. , <http://pt.scribd.com/doc/7208323/Hilario-Franco-Jr-A-Idade-Media-PDF>).

FRISONE, Flavia. **La polis greca: gli anticorpi della comunità solidale fra delazione e "pentitismo"**. IURIS ANTIQUI HISTORIA, vol. 3, 2011, p. 17-31, ISSN: 2035-4967 (Articolo in rivista)

GABAN, Eduardo Molan. **Direito antitruste: o combate a cartéis**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GINZBURG, Carlo. **O queijo e os vermes: o cotidiano e as idéias de um moleiro perseguido pela Inquisição**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

GRIFFIN, James M. **The Modern Leniency Program After Ten Years: A Summary Overview of the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program**. Apresentado no Ritz-Carlton Hotel, California, Agosto de 2003. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/201477.htm>. Acesso em 28/02/2013.

GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação Premiada no combate ao crime organizado**. Franca: Lemos & Cruz, 2006.

GUIMARÃES NETO, Afonso Henrique. **Napoleão**. Rio de Janeiro: Três, 1973.

GUZZO, Leonardo. **Sciascia e le aporire del pentitismo**. s/d. Disponível em: <http://www.amicisciascia.it/a-futura-memoria/afm-dal-2007/afm-8-9-2010/item/365-leonardo-guzzo-sciascia-e-le-aporie-del-pentitismo.html>. Acesso em 21/06/2013

HAMMOND, Scott. **Cornerstones of an Effective Leniency Program in ICN Workshop on Leniency Programs**, Australia, 2004. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/206611.htm>

HAMMOND, Scott. **Measuring the Value of Second-In Cooperation in Corporate Plea Negotiations in The 54th Annual American Bar Association Spring Meeting**. Washington D.C., 2006. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/215514.htm>

HAMMOND, SCOTT. **Measuring the Value of Second-In Cooperation in Corporate Plea Negotiations. Discurso proferido em.**

HARRINGTON, J. **Leniency Programs: Past experiences and future challenges**. 13 dez. 2010. Disponível em: http://www.econ2.jhu.edu/People/Harrington/Harrington_AAL%20slides.pdf. Acesso em: 28/02/2013.

HARRINGTON, J. **Optimal Corporate Leniency Programs**. 2008. Disponível em: <http://www.econ2.jhu.edu/People/Harrington/amnesty11-05.pdf> Acesso em: 28/02/2013.

HINLOPPEN, J e SOETEVEENT, Adriaan R. **Laboratory evidence on the effectiveness of corporate leniency programs**. 2008. Disponível em: <http://perso.univ-rennes1.fr/thierry.penard/cours/master1ei/hinloopen.pdf>. Acesso em 28/02/2013.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK – ICN. **Anticartel Enforcement Manual**. Maio de 2009. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc341.pdf>.

JESUS, Damásio de. **Estágio atual da "delação premiada" no Direito Penal brasileiro**. Elaborado em 9/2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7551/estagio-atual-da-delacao-premiada-no-direito-penal-brasileiro>. Acesso em 21/06/2013

KANT, Immanuel. **Para a paz perpétua** – Estudo introdutório de Joám Evans Pim. Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006.

KLEIN, Gordon J. **Cartel Destabilization and Leniency Programs – Empirical Evidence**. Discussion Paper no. 10-107. 2011

KOBREN, Juliana Conter Pereira. Apontamentos e críticas à delação premiada no direito brasileiro. 2003 <http://jus.com.br/revista/texto/8105/apontamentos-e-criticas-a-delacao-premiada-no-direito-brasileiro>

KORS, Alan Charles. *Encyclopedia of the Enlightenment*. Oxford: Oxford UP, 2003.

KOVACIC, A; REY, P.; AUBERT, C. **The Impact of Leniency and Whistleblowing Programs on Cartels**. 2006. Disponível em: <http://neeo.univ-tlse1.fr/1032/1/leniency.pdf> . Acesso em 28/02/2013.

KUNZE, Micael. **A Caminho da Fogueira**. Tradução de Waltensir Dutra. São Paulo: Editora Campus, 1989.

LANGBEIN, John H. **Understanding the Short History of Plea Bargaining**. Faculty Scholarship Series. Paper 544, 1979.

LESLIE, Christopher R. **Antitrust Leniency Programmes** in *The Competition Law Review*. Volume 7 Issue 2 pp 175-179, Julho de 2011.

LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 28. ed [revista e atualizada pelo Prof.Miguel Alfredo Malufe Neto]. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe – comentado por Napoleão Bonaparte**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MARCÃO, Renato. **A mais nova previsão de delação premiada no Direito brasileiro**. dez. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/20686/a-mais-nova-previsao-de-delacao-premiada-no-direito-brasileiro>.

MELI, Marisa. **I programmi di clemenza (leniency) e l'azione privata**. s/d. Disponível em: [http://www.fscpo.unict.it/Bacheca/archivio_eventi/Eventi/Meli_I%20programmi%20di%20clemenza%20\(leniency\)%20e%20l%20azione%20privata.pdf](http://www.fscpo.unict.it/Bacheca/archivio_eventi/Eventi/Meli_I%20programmi%20di%20clemenza%20(leniency)%20e%20l%20azione%20privata.pdf). Acesso em 28/02/2013.

MELLO FILHO, Rogério Machado. **Direito Penal Medieval e Moderno** in DireitoNet.com.br. 28 de maio de 2003. Disponível em: www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1097/Direito-Penal-Medieval-e-Moderno). Acesso em 24/06/2013

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Curso de investigação criminal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Delação no Direito Brasileiro**. Revista **Síntese de Direito Penal e Direito Processual Penal**, Porto Alegre, n. 19, p. 25-29, abr.-mai. 2003.

MOTTA, Massimo; POLO, Michele. **Leniency Programs and cartel prosecution**. 28 set. 2011. Disponível em: <http://ces.univ-paris1.fr/membre/tropeano/pdf/polconc/mottapolojio.pdf>. Acesso em 28/02/2013

OLIVEIRA, Gesner. **Defesa da Concorrência em Países em Desenvolvimento: Aspectos da Experiência do Brasil e do Mercosul**. 1999.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OECD. **C(98)35/FINAL - Recommendation concerning Effective Action against Hard Core Cartels**, 1998.

PARRON, Tâmis. **Império Romano : a agonia de um gigante** in **Aventuras da História**. Disponível em: <http://guiadoestudante.abril.com.br/aventuras-historia/imperio-romano-agonia-gigante-434555.shtml>

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado do art. 170 da Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2005

QUEZADO, Paulo; VIRGINIO, Jamile. **Delação Premiada**. Fortaleza: Fortaleza, 2008.

SARNEY, José. **Bordolesa e a delação premiada** in *Jornal Folha de São Paulo*. São Paulo: 26/08/2005.

SILVA, Eduardo Araújo. *Da moralidade da proteção aos réus colaboradores*. São Paulo. In: *Boletim IBCCrim* nº 85, dezembro de 1999.

SILVA, Fernando Muniz. **A delação premiada no direito brasileiro**. Artigo aprovado em 07/06/2010. Disponível em: <https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1017/R%20DJ%20Dela%C3%A7%C3%A3o%20Premiada%20-%20fernando%20muniz.pdf?sequence=1>. Acesso em 20/06/2013.

SIMON, Paulo Henrique. **Desastroso Reinado: Antecedentes e Consequências da Revolução Francesa – Uma Introdução**. Florianópolis: Paulo Henrique Simon, 2006.

SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. **O Acordo de Leniência: Avanço ou Precipitação** in *Revista do IBRAC*, São Paulo, vol. 8, p. 131-146, n. 2, 2001.

SPAGNOLO, Giancarlo. **Divide et Impera: Optimal Leniency Programs**. Stockholm School of Economics. 12 de janeiro de 2005. Disponível em: <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/veranstaltungen/rnic/papers/GiancarloSpagnolo.pdf> . Acesso em 24/06/2013.

SPAGNOLO, Giancarlo. **Optimal Leniency Programs**. FEEM Working Paper No. 42, de 13 mai. 2000. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=235092>. Acesso em 14/05/2013

TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste Brasileira – A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

WILS, Wouter P. J., **Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice**. *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 30, No. 1, March 2007. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=939399

WILS, Wouter P. J., **Recidivism in EU Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis** (October 31, 2011). *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 35, No. 1, March 2012. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1957088>