

Vol. 6

Nº 1

2018- Maio

Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



2318 2253

O critério de dosimetria aplicada aos cartéis: o exemplo do cartel no mercado de *Gas Insulated Switchgear*

Rodrigo de Camargo Cavalcanti²⁵¹

RESUMO

O presente artigo, através de metodologia dedutiva, por meio de pesquisa bibliográfica atinente ao tema, especialmente doutrinária e documental, objetiva realizar uma análise crítica sobre o critério de dosimetria das multas aplicadas aos cartéis conforme a Lei 12.529/11, tendo como caso de debate o Termo de Compromisso de Cessação (TCC) firmado no âmbito de investigação de cartel no mercado de *Gas Insulated Switchgear*. Para tanto, primeiramente analisa-se a Resolução 3/2012 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, e, em seguida, aborda-se a decisão do conselheiro João Paulo de Resende sobre a definição da contribuição pecuniária no TCC firmado no cartel no mercado de *Gas Insulated Switchgear*, e, no mesmo caso, a posição diversa da Superintendência Geral. Posteriormente, analisa-se mais detidamente as divergências entre tais posições, e, então, adentra-se no debate realizado sobre essa temática no Congresso brasileiro. Ademais, discute-se o Projeto de Lei do Senado 283/2016 e a base de cálculo da multa. Por fim, conclui-se pela necessidade de um maior debate sobre o tema na sociedade em face da indeterminação normativa existente.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Econômico; Cartel; Conselho Administrativo de Defesa Econômica; Dosimetria da Multa.

ABSTRACT

The present article, through a deductive methodology and a bibliographical research related to the subject, especially doctrinal and documentary, aims to perform a critical analysis on the dosimetry criterion of the fines applied to the cartels according to Law 12,529/11, having as a case of debate the cartel in the Gas Insulated Switchgear market. In order to do so, we first analyze Resolution 3/2012 of the Administrative Council for Economic Defense, and then discusses the decision of the adviser João Paulo de Resende on the dosimetry in the cartel in the Gas Insulated Switchgear market, and in the same case, the different position of the General Superintendency. Subsequently, the divergences between these positions are analyzed more closely, and then, it is inserted in the Brazilian Congress debate held on this subject. In addition, the Senate Bill 283/2016 and the calculation base of the fine are discussed. Finally, it is concluded that there is a need for greater debate on the issue in society in the face of the existing normative indeterminacy.

KEYWORDS: Economic Law; Cartel; Administrative Council for Economic Defense; Fine's Dosimetry.

²⁵¹ Pós-doutorando em Ciências Jurídicas pela Unicesumar, Mestre e Doutor em Direito pela PUC-SP. Professor da Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Alfa. Email: rodrigocavalcanti@gmail.com

INRODUÇÃO

O presente artigo visa fazer uma análise crítica das questões relativas à aplicação de multa aos cartéis conforme a Lei 12.529/11. Para tanto, será utilizada a metodologia dedutiva, através de pesquisa de documentos e obras brasileiros e internacionais.

A Lei 12.529 de novembro de 2011, a qual estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, entre outras mudanças, alterou as penas em relação à prática de infração da ordem econômica conforme antes estabelecido pela Lei 8.884/94.

Ao invés de prever, no caso de empresa, a multa como sendo de 1% a 30% do valor do faturamento bruto total no seu último exercício, excluídos os impostos (art. 23, I, Lei 8.884/94), a nova Lei dispõe, em seu art. 37, I, como sendo de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação.

Ambas as leis, apesar de disporem porcentagens mínimas e máximas, também enunciam que a multa nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação.

Dita normativa gera dúvidas tendo em vista que, se a multa nunca pode ser inferior à vantagem auferida, quando estimada, se por acaso essa vantagem for maior que 20% do valor do faturamento bruto da empresa, qual regra deverá ser implementada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)?

Vale dizer que, até o momento, todas as multas aplicadas estiveram estritas aos limites percentuais legalmente enunciados, sendo que o CADE levou em consideração a vantagem auferida somente como um elemento para dosar a pena.

Cabe considerar também que a redação do art. 37, I, da Lei 12.529/11 anteriormente referido, e atualmente em vigor, trata de faturamento bruto da empresa “no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração”. “Ramo de atividade” é termo impreciso, tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência. Assim, a fim de contornar essa questão, o CADE editou a Resolução n. 3/2012 a qual expede uma lista de ramos de

atividades empresariais com base na Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

2. A RESOLUÇÃO 3/2012 DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

Uma importante questão já levantada por Mauro Grinberg, ex-conselheiro do CADE e advogado, e Daniel Tobias Athias, é em relação à competência do CADE para promulgar uma resolução - como a já referida Resolução 3/2012 – com este conteúdo.

Grinberg argumenta precisamente que a Lei 12.529/11, no art. 9º, em seu inciso XV, deixa claro que as normas relativas ao regimento interno do CADE somente podem tratar de dispor “sobre seu funcionamento, forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos”. À referida Resolução, ao definir “ramo de atividade”, pode-se argumentar que aborda questão de direito material, ou seja “houve aumento de critérios sancionatórios, o que deveria ser feito por lei” (GRINBERG; ATHIAS, 2016).

Outro aspecto que vale salientar é em relação ao art. 2º da própria Resolução 3/2012, o qual dita que:

Quando o representado não apresentar o valor do faturamento no(s) ramo(s) de atividade empresarial em que ocorreu a infração de forma completa, inequívoca e idônea, será considerado o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo. (CADE, 2012)

Posteriormente, com o argumento de que “o CADE tem observado que os setores listados podem não corresponder com frequência às dimensões dos mercados alvo de condutas anticompetitivas” (ASSESSORIA, 2016), após consulta pública aberta em outubro de 2016, e que deu origem às alterações prescritas pela Resolução 18/2016, foi incluída a letra “A” do mesmo art. 2º dessa Resolução 3/2012, letra essa dita em seu enunciado o seguinte: “o CADE poderá, mediante decisão fundamentada, adaptar o ramo de atividade às especificidades da conduta quando as dimensões indicadas no art. 1º forem manifestamente desproporcionais” (CADE, 2012). O referido art. 1º dita que, “caso a infração à ordem econômica tenha ocorrido em mais de um ramo de atividade empresarial, será considerada a soma dos faturamentos brutos obtidos em todos os ramos afetados”.

Portanto, o que essa Resolução prescreve, afinal, é que, se “a soma dos faturamentos brutos obtidos em todos os ramos afetados” for manifestamente desproporcional, o CADE poderá adaptar o ramo de atividade às especificidades da conduta.

Percebe-se, então, que a inclusão deste artigo conferiu uma grande discricionariedade ao CADE tanto na possibilidade de considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quanto na definição do que é “ramo de atividade”, já que não vincula a base de cálculo das multas obrigatoriamente nem à definição de ramo de atividade indicada nessa mesma Resolução, e também tendo em vista a subjetividade do termo “manifestamente desproporcionais”.

Junto a essas questões, tem-se ainda o art. 45 da Lei 12.529/2011, que estabelece que:

Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração: I - a gravidade da infração; II - a boa-fé do infrator; III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; IV - a consumação ou não da infração; V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; VII - a situação econômica do infrator; e VIII - a reincidência. (BRASIL, 2011)

Pelo disposto nesse artigo, para o cálculo é necessária a observância desses referidos critérios, além daqueles já anteriormente indicados. Uma crítica que pode ser disposta em face desse mandamento legal é a seguinte:

Por não haver parâmetros, fica nas mãos dos Conselheiros para, discricionariamente, escolherem um valor a ser imputado a cada uma dessas agravantes e atenuantes. A uma, pergunta-se se é interessante uma previsibilidade muito alta da multa imputada a uma determinada conduta. Evidentemente, caso se manifeste essa hipótese, e seja feita uma avaliação pelas partes e elas percebam que, mesmo que sejam pegadas e punidas, o lucro auferido compensa, a multa perde todo seu caráter dissuasório e reparatório e, por conseguinte, seu fim. A duas, um processo de fixação da multa completamente arbitrário, sem padrões ancorados em jurisprudência é igualmente nocivo. (VALLADARES, 2013, p. 56)

Vale dizer que outros sistemas antitrustes desenvolveram também alguns mecanismos para assegurar o efeito dissuasório no momento de fixação das multas. A título de exemplo, pode-se referir às orientações da União Europeia na cartilha intitulada *Guidelines on the method of setting fines*, a qual prevê expressamente que a autoridade responsável - Comissão Europeia - deve adicionar entre 15 e 25% das vendas no montante total da multa, com a finalidade específica de dissuadir as empresas contra a realização de cartéis. Assim,

como bem salienta Geradin (2011, p. 9-10), há o intitulado *entry fee*:

No cálculo da multa, a Comissão pode acrescentar um montante suplementar ao montante variável: os dois elementos constituem, em conjunto, o montante base. Esta soma extra é definida entre 15% e 25% do valor das vendas e é conhecida como a "taxa de entrada" [*entry fee*]. Seu objetivo principal é dissuadir as empresas de até mesmo entrar em comportamento ilegal (ou seja, impedindo-as de participar "para tentar ver"). É comumente imposta aos participantes do cartel *hardcore*. (tradução livre).

No Brasil, não há qualquer indicação para a instituição do *entry fee* ou de algo parecido, permanecendo a multa vinculada aos critérios normativos e discricionários do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Já nos Estados Unidos da América, desde 1987, como bem diz Lynn Robertson (2016, p. 2), Coordenador do *Global Relations* da *OECD Competition Division*, tanto as sanções individuais quanto sobre as corporações em face de cartéis são postuladas por guias promulgados pelo *United States Sentencing Commission*. Dessa maneira,

In formulating the Guidelines, the United States Sentencing Commission believed that fines for economic crimes should be closely related to the resulting gain to the perpetrators or the resulting loss to the victims. But the Commission also appreciated that determining gain or loss could be difficult. For cartel offenses, the Guidelines employed a readily-determined proxy for gain and loss, explaining that: "The purpose for specifying a percent of the volume of commerce is to avoid the time and expense that would be required for the court to determine the actual gain or loss." (ROBERTSON, 2016, p. 2)

Assim, dito Guia norteamericano leva em consideração vários fatores, incluindo o tamanho da empresa, o envolvimento de seus altos funcionários e sua cooperação e aceitação de responsabilidade.

3. CÁLCULOS DE DOSIMETRIA NO TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO REFERENTE AO CARTEL NO MERCADO DE GAS INSULATED SWITCHGEAR

Dessa maneira, tendo em vista a discricionariedade delegada ao CADE, tanto em face das interpretações permitidas pelo artigo 37, I, da Lei 12.529/2011, quanto em face da letra da Resolução 3/2012, para fins de análise, observar-se-á quais são alguns dos critérios utilizados pela Superintendência Geral e por conselheiros do órgão de defesa da concorrência, e, ainda, se levam em consideração uma definição de ramo de atividade, e qual seria essa,

tendo como caso o cartel no mercado de *Gas Insulated Switchgear - GIS*.

3.1. POSIÇÃO DO CONSELHEIRO JOÃO PAULO DE RESENDE

De início, no que diz respeito à aplicação de multa em caso de cartel e a sua respectiva dosimetria, vale citarmos decisão recente no âmbito do Processo Administrativo 08012.001376/2006-16, referente ao cartel no mercado internacional de *Gas Insulated Switchgear - GIS*, equipamento utilizado em subestações de transformação de energia elétrica e que não era produzido no Brasil à época da conduta. Assim, os efeitos do cartel se materializaram no solo nacional por meio de importações.

Em face de requerimento de Termo de Compromisso de Cessação - TCC – neste processo, em fevereiro de 2017, para a dosimetria da multa, o conselheiro João Paulo de Resende primeiramente se baseou no volume total de importação referente à classe genérica que envolve diversos produtos no período de 1998 a 2004 proveniente dos países nos quais as empresas possuíam fábrica.

Resende optou por esse período por ser o que consta nos autos como o de ocorrência do cartel em questão. E isso segue a linha de argumento por ele já exposta em processo diverso, onde salienta o seguinte: tendo em vista o já referido art. 2º-A da Resolução 3/2012 do CADE, o qual enuncia o dever de adaptar o “*ramo de atividade*” - *base de cálculo* - às especificidades do caso concreto se houver uma “*manifesta desproporcionalidade*”, considerando que essa desproporcionalidade ocorreu, indicou que é necessário que o valor de dita base de cálculo,

[...] guarde proporcionalidade com o volume de vendas afetado pela conduta, inclusive quanto à **sua duração**, pois não faz sentido punir de maneira igual (ou, no mínimo, muito semelhante) cartéis com duração bastante diversa, de um, cinco ou dez anos. A duração da infração tem relação direta com vários critérios de dosimetria previstos no art. 45 da Lei 12.529/2011, como gravidade da infração, vantagem auferida ou pretendida, grau de lesão e efeitos econômicos negativos; e não pode ser ignorada em juízos de proporcionalidade. (CADE, 2008)

Dessa forma, continuando, sobre aquele volume total de importação, o conselheiro aplicou a esse valor o percentual de 25%, a fim de extrair a classe específica do produto objeto da infração (esse percentual foi definido em razão do GIS corresponder a cerca

de 10% do mercado mas ter custo três vezes superior aos demais produtos).

Em seguida, o conselheiro multiplicou esse valor pelo percentual de *market share* da empresa. E ainda, sobre esse valor, aplicou um sobrepreço pré-determinado de 20%. O próprio conselheiro explica que este método,

Se baseia, essencialmente, na aplicação de um sobrepreço predeterminado (10% para cartéis nacionais, 20% para cartéis internacionais) sobre o volume de vendas de bens e/ou serviços afetados pela prática ilícita (que nada mais é que o faturamento com o produto ao longo de toda a duração da conduta). (CADE, 2006)

A diferença desse sobrepreço aplicado aos cartéis internacionais em face dos nacionais é por conta de três aspectos, na visão do conselheiro:

Primeiramente, os estudos, principalmente Connor (2014), indicam que os sobrepreços em cartéis internacionais costumam ser superiores aos de cartéis nacionais. Enquanto a mediana para cartéis nacionais é da ordem de 18%, a de cartéis internacionais é de 26%. Em segundo lugar, e mais importante, temos que ter em mente que os agentes em cartéis internacionais não recolhem tributos no Brasil. Os tributos incidentes sobre a renda são pagos nos países-sede das empresas e os tributos do tipo IVA são pagos pelos importadores dos produtos no Brasil e, em grande parte, repassados aos consumidores finais. Assim, nenhuma parte da vantagem obtida pelo cartel é apropriado pela sociedade brasileira por meio de tributação, ao contrário de cartéis nacionais. Por fim, cartéis internacionais são mais difíceis de serem processados nas esferas civil e criminal, por se tratarem de empresas situadas em outras jurisdições, de difícil citação de réus e com barreiras culturais e de idioma não desprezíveis, motivo pelo qual a dissuasão deve ser maior. (CADE, 2006)

Dessa maneira, Resende chegou ao valor da multa esperada, o qual, de acordo com sua análise, serviria de base para o estabelecimento de valor ao Termo de Compromisso de Cessação.

Percebe-se dessa forma que Resende não seguiu a acima referida lista de ramos de atividades empresariais indicada na Resolução n. 3/2012, decidindo por um critério diverso para a delimitação da multa.

3.2. POSIÇÃO DA SUPERINTENDÊNCIA GERAL

A proposta deste TCC no cartel de *Gas Insulated Switchgear* - GIS foi originalmente negociada no âmbito da Superintendência Geral, e o conselheiro suprarreferido

destaca em seu voto que o método utilizado por esse órgão, para calcular o valor que as empresas do cartel deveriam arcar, considerou uma estimativa do mercado brasileiro de GIS em 2005, esta, por sua vez, baseada em dados de produção industrial do IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

Essa estimativa da Superintendência Geral se deu pela identificação da classe genérica de produtos semelhantes na base do IBGE e, em seguida, foi aplicado o mesmo percentual de 25% indicado pelo conselheiro sobre a classe específica de GIS. Definido o tamanho do mercado brasileiro em 2005, foi utilizada a metodologia de “faturamento virtual” para especificar a base de cálculo a ser utilizada em face da empresa infratora. O faturamento virtual é obtido mediante aplicação de padrões de participações de mercado internacionais ao mercado brasileiro, e tem se aplicado em cartéis internacionais nos quais a representada não registra vendas no Brasil ou as registra em valor manifestamente reduzido – logo, desproporcional.

Dessa forma, sobre o valor final, foi aplicada uma alíquota de 18,8% (dentro da porcentagem delimitada pelo art. 37, I, da Lei do SBDC) sobre o mercado de GIS. Ou seja, como se observa, um critério de dosimetria absolutamente diverso daquele realizado pelo conselheiro Resende, conforme acima indicado.

4. ANÁLISE DA DIVERGÊNCIA

Ora, verifica-se, assim, um caso de divergência entre formas de se realizar a dosimetria da multa, divergência essa ocasionada especialmente em face da redação da lei e da resolução conforme acima indicado.

Neste contexto, de fato vê-se uma grande possibilidade de se entender como correto o posicionamento do conselheiro Resende de levar em consideração o período de duração do cartel, diferentemente do que fez a Superintendência Geral, e também diferentemente do que, de início, é determinado pelo art. 37, I, da Lei 12.529,11, ambos, quais sejam, de uma “porcentagem sobre o faturamento bruto da empresa no último exercício anterior à instauração do processo administrativo”.

Entender a posição de Resende como correta é possível porque o que está definido por esse artigo da Lei não guarda qualquer relação direta ou objetiva com a infração efetivamente realizada, o que, portanto, em tese não favoreceria o CADE na composição

proporcional do valor da multa pela violação à concorrência. E isso porque a empresa geralmente pode atuar em variados ramos de atividade, confundindo-se qual foi o real faturamento com a infração naquele ramo efetivamente comprometido. Neste sentido:

Impor o pagamento sobre o faturamento das empresas em áreas alienígenas àquelas do mercado relevante pode ferir tanto o princípio constitucional da proporcionalidade como o da isonomia, no caso de cartéis onde uma empresa possui divisões em outros mercados e outra não. Ademais, o impacto da política anticoncorrencial adotada pela empresa pode afetar outros mercados ou produtos fora da área analisada. (VALLADARES, 2013, p. 48)

E, além disso, também no caso da base de cálculo do ano exatamente anterior à instauração do processo administrativo, a empresa pode ter de fato violado a concorrência em anos anteriores ao último exercício, e, portanto, os dados financeiros de ganho com a infração serão também anteriores, o que subverte a lógica da contabilização proporcional da pena em face do ganho da empresa durante a realização do ato ilícito.

Porém, o conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, em janeiro de 2017, salienta corretamente que, “quando se vincula a multa a uma vantagem quantificável, assume-se, ainda que indiretamente, que a vantagem obtida por um cartel seria necessariamente monetária, entendimento do qual não compartilho” (CADE, 2008). E, para afirmar isso, se baseia na ideia precisa de que “a vantagem obtida pelo cartel pode ser de cunho imaterial, como a exclusão de um concorrente ou o atraso de inserção de novas tecnologias em um dado mercado, e que nem sempre pode ser traduzida em termos numéricos” (CADE, 2008). E, assim sendo, não haveria possibilidade de embasar em valores contrafactuais para definir sobrepreço em determinado período e dessa forma utilizá-lo como base de cálculo para a multa. Ademais, o mesmo conselheiro, citando Márcio de Oliveira Júnior, argumenta que estabelecer um dado mercado como contrafactual pode indiretamente “dar-lhe um salvo conduto antitruste, o que pode configurar um erro de política de defesa da concorrência caso se observe futuramente que um cartel ‘menos eficiente’ para aumentar seus preços estava em operação no mercado utilizado como contrafactual” (CADE, 2008).

Agora, pelos argumentos de inquestionável sustentação suprarreferidos do conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, no processo administrativo RR-134200-61.2008.5.17.0002 contra o cartel de leite tipo C produzido na região de Pelotas, no Rio Grande do Sul, em janeiro de 2017, dito conselheiro, fundado nas críticas já expressas, adotou a gravidade do cartel em 15% na escala legal de 0,1% a 20%, uma vez que não

encontrou atenuantes ou agravantes, ressaltando que o percentual está de acordo com a jurisprudência do CADE, “que tem entendido que cartéis devem ser punidos com percentuais de 12% a 15%, à exceção de casos particulares de longa duração da conduta ou de articulação ainda mais institucionalizada” (CADE, 2008).

Nesses chamados casos particulares, pensar em multas de 12% a 15% do faturamento bruto já não faz mais sentido em cartéis com sobrepreços que chegam até a 65% em relação ao mercado competitivo, “pois o valor da penalidade pecuniária quase sempre compensa o risco de manutenção da conduta e os danos sociais são superiores aos sobrepreços dos cartelistas” (BRAGA, 2015, p. 121-122).

Percebe-se, assim, que o conselheiro Gilvandro de Araujo optou por uma metodologia de dosimetria da multa consideravelmente arbitrária. E isso porque, apesar de analisar individualmente os critérios de dosimetria dispostos no art. 45 da Lei 12.529/11, fez isso considerando somente argumentos de nível meramente retórico, dispondo, por exemplo, em face da “boa-fé do infrator”, que “os infratores atuaram de forma dolosa e com plena consciência da ilicitude”; em relação à “consumação da infração”, que “o cartel foi consumado por meio do compartilhamento de informações sensíveis entre os Representados, o que gerou transparência de mercado e redução das assimetrias de informação”; e assim por diante, ou seja, sem relacionar quaisquer valores nos quais tenha se embasado para definir a dosimetria da multa, a não ser a utilização da alíquota de 15% do faturamento bruto das empresas no ano anterior ao processo administrativo.

Por outro lado, as críticas que podem ser direcionadas a essa forma de definição do valor da multa devem estar solidamente constituídas sobre método contrário que seja coerente e coeso, ou seja, que também leve em consideração os apontamentos abordados pelo conselheiro Araújo nas suas considerações acima indicadas. E isso também porque, por outro lado:

[...] o fato de condutas de cartel ainda serem descobertas não quer significar que as penas anteriormente aplicadas eram insuficientes. Para o autor [Wouter Wils], há um limite para aplicação de multas elevadas, fundado na capacidade de pagar dos infratores, nos custos sociais e econômicos de multas elevadas e na perspectiva da justiça proporcional. [...] multas demasiadamente elevadas podem levar as empresas infratoras à falência, resultando em indesejáveis efeitos sociais e econômicos ao mercado como um todo (i.e., não apenas aos infratores, como também aos empregados, clientes, fornecedores, credores, etc.). (SANTOS, 2014, p. 143)

Dessa forma, a sustentação de métodos alternativos de cômputo da multa merece uma análise jurídica e econômica de fato imbricada em seus termos, a fim de concretamente delimitar sistemáticas que possam reduzir a discricionariedade que hoje é intrínseca a esse tema no que diz respeito mais especificamente ao CADE.

5. LEI 12.529/11 E DEBATE NO CONGRESSO BRASILEIRO

Discussão aproximada foi realizada no momento do debate do art. 37 da Lei 12.529/11 na Câmara dos Deputados e no Senado Federal brasileiros. O projeto da Câmara contemplava multa de 1% a 30% do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado, obtido no último exercício anterior à instauração do processo administrativo no *mercado relevante* em que ocorreu a infração.

Assim, ao restringir a base de cálculo da multa ao mercado relevante, de acordo com o Deputado Pedro Eugênio, isso “tornaria a base de incidência mais proporcional ao dano gerado à concorrência” (CORDOVIL; CARVALHO; BAGNOLI, 2011, p. 122).

Já a redação do Senado Federal previa a multa de 0,1% a 20% do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à abertura do processo administrativo, no *ramo de atividade empresarial* em que ocorreu a infração. Como bem salienta Leonor Cordovil,

[...] a previsão da base de cálculo como sendo o ramo de atividade tende a gerar uma ampliação indesejável da base de incidência. Além disso, não se trata de conceito definido na literatura antitruste, ou seja, demanda interpretação e atribuição de significado. O mercado relevante contemplaria tão somente os bens substitutos entre si, produzidos pelo infrator, enquanto o ramo de atividade englobaria bens complementares e pertencentes a outros elos da cadeia produtiva no caso da empresa verticalmente integrada [...] gerando indesejável insegurança jurídica. (CORDOVIL; CARVALHO; BAGNOLI, 2011, p. 122-123)

Dessa forma, apesar da discussão majoritária deste art. 37 da Lei 12.529/11 ter se restrito à questão do estabelecimento do ramo de atividade empresarial ou do mercado relevante – questão importante, insta salientar -, por outro lado pouco debate aprofundado se realizou no Congresso Nacional sobre o período estabelecido do “último exercício anterior à instauração do processo administrativo”, o que é uma questão igualmente importante, já que

envolve discussão sobre o momento que deve ser abordado para se captar a base de cálculo da multa e que, conforme se pode verificar, ainda após a vigência da lei 12.529/11, não é tema pacífico no Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

6. PROJETO DE LEI DO SENADO 283/2016 E A BASE DE CÁLCULO DA MULTA

O Projeto de Lei do Senado nº 283/2016, de autoria do Senador Aécio Neves, busca, entre outros méritos, tornar a multa à prática de cartel proporcional ao tempo de duração da infração à ordem econômica, e, para tanto, inclui no art. 37, I, que, para cálculo da multa, o valor do faturamento bruto será obtido não só no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, mas “bem como nos demais exercícios de efetiva atuação do cartel”. Obriga o CADE, dessa forma, na imputação da multa, a considerar também, como um adicional, os aspectos relativos à vantagem auferida no tempo relativo ao ilícito causado, aumentando a base de cálculo.

A justificativa deste Projeto de Lei do Senado se embasa, para tal mudança, basicamente no ilícito de cartel, deixando de lado qualquer argumentação relativa aos demais ilícitos concorrenciais, cometendo, dessa forma, um reducionismo inaplicável à abrangência da própria norma vigente. Ademais, também não adentra na questão de uma definição final sobre o significado de “ramo de atividade”, o que é, conforme já dito, abrangente por demais e garante grande discricionariedade aos membros decisores do CADE. Ademais, também valem as seguintes considerações já delineadas por Mauro Grinberg (2016) em relação à ampliação temporal da base de cálculo para a somatória do último exercício anterior à instauração do processo administrativo com os demais exercícios de efetiva atuação do cartel:

O PLS [Projeto de Lei do Senado], em vez de substituir a base de cálculo original (faturamento no último exercício anterior à instauração do processo administrativo) por outro (faturamento nos anos de efetiva atuação do cartel) fez a soma das duas bases, como se todas as infrações sempre continuassem até o último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo. Não é com frequência o caso, já que em diversas situações os processos administrativos são instaurados anos após o final da efetiva atuação da infração.

E também, apesar de prever mudanças no art. 37, I, dito projeto não adentrou na questão tormentosa relativa ao enunciado o qual dita que, apesar dos limites percentualmente estabelecidos, a multa “nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua

estimação”. Tendo em vista a proposta de mudanças substantivas na normativa da lei 12.529/11, poderia considerar fomentar debate sobre segurança jurídica se também adentrasse na questão relativa a esses termos, os quais igualmente são motivo de debate e de angústias na seara do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência quando da aplicação das multas a infrações à ordem econômica.

7. CONCLUSÃO

Concluindo, percebe-se que tanto a lei 12.529/11 quanto a Resolução 3/2012 do CADE levaram a uma enorme discricionariedade do órgão de defesa da concorrência, e acabaram por invocar discussões tanto na doutrina quanto na própria seara dos processos administrativos do Conselho.

Essa indeterminação reverbera diretamente na questão da forma de se estabelecer a dosimetria das multas em caso de infração à ordem econômica, o que se apresenta em especial nos casos relativos à ilicitude da cartelização.

O que se percebe, ademais, é a ausência de critérios objetivos para se delimitar esses casos, o que advém também, como reflexo, da própria dificuldade em se estabelecer de forma conclusiva a sustentação sobre os objetivos do cartel e, de forma consequente, o lapso temporal de sua ocorrência e a quantificação objetiva dos ganhos dos infratores com a ilicitude cometida.

Neste sentido, o Projeto de Lei do Senado nº 283/2016 busca inovar e trazer conceitos que, apesar de já utilizados por parte dos agentes do CADE, seriam, da forma com que enunciados, cogentes e, portanto, inovariam na ordem jurídica ao prescrever a necessidade de determinada interpretação sobre a base de cálculo das multas, ainda que sua fundamentação seja restrita e que o Projeto não adentre na questão da vantagem auferida.

Desta forma, percebe-se que o debate em torno do assunto ainda trará muitos frutos, isso se for devidamente levado à sociedade, especialmente considerando aqueles que serão diretamente afetados, incluídos aí o Poder Público, os agentes econômicos privados e os consumidores brasileiros.

REFERÊNCIAS

- ASSESSORIA de Comunicação Social. Cade abre consulta pública para alteração da Resolução nº 3/2012. **CADE**. 18 out. 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-abre-consulta-publica-para-alteracao-da-resolucao-no-3-2012>>. Acesso em 16 mai. 2017.
- BRAGA, Tereza Cristine A. CADE, Cartéis e Licitações: um Novo Nicho da Política Antitruste Brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 3, n. 1, mai. 2015.
- CAVALCANTI, Rodrigo de C. **O Oligopólio no Estado Brasileiro de Intervenção Necessária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- CADE. Processo Administrativo n. 08012.010744/2008-71. 2008.
- _____. Processo Administrativo n. 08012.001376/2006-16. 2006.
- _____. Resolução n. 3. 29 mai. 2012.
- CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius M. de; BAGNOLI, Vicente; [et. al]. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- GERADIN, Damien. The EU Competition Law Fining System: a reassessment. **Discussion Paper, Tilburg Law and Economics Center**, out. 2011.
- GRINBERG, Mauro. **Mais e maiores punições para cartéis: polêmico projeto**. 5 ago. 2016. Disponível em <<http://gcalaw.com.br/publicacoes/mais-e-maiores-punicoes-para-carteis-polemico-projeto/>>. Acesso em 3 fev. 2017.
- GRINBERG, Mauro. ATHIAS, Daniel T. **Ramo de atividade e o (des)uso da resolução n. 3/2012**. 28 nov. 2016. Disponível em: <<http://gcalaw.com.br/publicacoes/ramo-de-atividade-e-o-desuso-da-resolucao-n-32012/>>. Acesso em 6 jun. 2017.
- NEVES, Aécio. Projeto de Lei do Senado n. 283. 2016.
- ROBERTSON, Lynn. **Sanctions in antitrust cases**, dez. 2016. Global Forum on Competition. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/attachments/us-submissions-oecd-other-international-competition-fora/sanctions_united_states.pdf>. Acesso em 5 nov. 2017.
- SANTOS, Flávia C. **Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE**. 259 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.
- VALLADARES, Hugo Emmanuel D. G. Dosimetria da pena de multa em cartéis no âmbito do Cade. Dificuldades e perspectivas comparadas aos EUA e à Comissão Europeia. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 1, n. 2, nov. 2013, pp. 45-73.
- WATANABE, Doshin. **Revisão judicial das multas aplicadas pelo CADE em cartéis**.

Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2016.

Qual a contribuição da Teoria dos Jogos para os programas de leniência? Uma análise aplicada ao contexto brasileiro

Lucas Campio Pinha²⁵²

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar a literatura econômica relacionada à Teoria dos Jogos e aos programas de leniência, bem como avaliar o cenário brasileiro neste contexto. A conclusão é de que o Programa de Leniência brasileiro é adequado às recomendações da literatura no que concerne os temas já bem estabelecidos. A única mudança sugerida de fato é a garantia à imunidade de multas no caso do CADE já ter iniciado as investigações. As recomendações mais polêmicas e recentes (recompensa ao delator e imunidade em relação aos danos) ainda estão em discussão.

Palavras chave: programa de leniência; carteis, teoria dos jogos; dilema dos prisioneiros; antitruste

Abstract: The main objective is to analyze the economic literature related to game theory and leniency programs, as well as to evaluate the Brazilian framework in this context. We conclude that the Brazilian Leniency Program is suitable to the well established issues. The only suggestion is the immunity from fines in case of CADE have already begun the investigation. The most recent and polemic recommendations (rewards to the applicant and immunity from damages claims) are under discussion.

Keywords: leniency program; cartels, game theory; prisoner's dilemma; antitrust

Código JEL: K21, L41, C72

²⁵² Doutorando em Economia Aplicada pela Universidade Federal de Viçosa. Atua na área de Organização Industrial, com ênfase em estimação de poder de mercado e políticas de combate a carteis.

1. Introdução

O combate aos cartéis é uma das atividades prioritárias das agências antitruste ao redor do mundo e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (doravante CADE) no Brasil. Os efeitos nocivos dos cartéis são conhecidos: eles tendem a reduzir a eficiência alocativa se comparado ao cenário competitivo devido ao aumento de preço, divisão de mercado, entre outras formas de ação possível²⁵³. Assim, os cartéis explícitos (onde há clara e evidente coordenação de esforços, também conhecido como cartéis *hardcore*)²⁵⁴ são ilegais e representam a mais danosa conduta anticompetitiva.

De acordo com Spagnolo (2008), o cartel pode ser considerado um tipo de crime organizado com três características fundamentais: ele requer a cooperação de dois ou mais agentes; em geral, é uma atividade contínua com várias interações, até mesmo em cartéis em licitações é comum que os membros atuem regularmente em diversas ocasiões; cada membro é informado sobre a atuação ilegal dos demais. Com isto, os cartéis são naturalmente instáveis, seja devido à traição dos demais membros ou devido à ação antitruste.

Os programas de leniência surgiram neste contexto como uma forma das firmas/indivíduos que participam de um cartel poderem delatar a atividade criminal à autoridade antitruste, assumindo a culpa pelo crime e auxiliando na acusação dos demais envolvidos. Ao cumprirem determinados pré-requisitos estabelecidos previamente pela legislação do país/região podem ser beneficiados com anistia de multas e/ou criminais. São ferramentas recentes de combate aos cartéis, visto que o primeiro país a adotar regras pré-definidas que compõem um programa de leniência amplo e bem estabelecido foram os Estados Unidos em 1993²⁵⁵. A União Europeia implementou o *European Leniency Program* em 1996 com algumas diferenças em relação ao EUA²⁵⁶, e posteriormente diversos países adotaram o programa, incluindo o Brasil no ano 2000²⁵⁷.

O Programa de Leniência brasileiro foi instituído por meio da Lei nº 10.149/00. O acordo era feito pela União, por intermédio da Secretaria de Direito Econômico (SDE) e

²⁵³ Em termos econômicos os cartéis geram lucros supernormais aos infratores e a perda de peso morto na economia. Além disto, eles diminuem o excedente do consumidor e reduzem os incentivos a vantagens comparativas de mercado, tais como inovações, aumento da produtividade, entre outros.

²⁵⁴ A definição de colusão tácita como prática ilegal não é consensual na literatura.

²⁵⁵ Apesar de políticas relacionadas à anistia de penas para membros de cartéis serem observadas de 1978. Para uma maior compreensão do histórico das políticas de leniência e das políticas de delação e confissão, como o *plea-bargaining* e o *whistle-blowers*, ver Motta e Polo (2003).

²⁵⁶ Ver Spagnolo (2008) para maiores detalhes.

²⁵⁷ Ver Martinez (2015) e Pinha *et al.* (2016) para maiores informações acerca do Programa de Leniência brasileiro.

julgado pelo CADE. O primeiro acordo de leniência no Brasil foi assinado em 2003 e refere-se ao cartel de vigilantes no Rio Grande do Sul.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) foi reformulado com a Lei nº 12.529/2011, que passou a conter as regras que fundamentam o Programa de Leniência que vigora nos dias de hoje no Brasil. Em adição, a SDE foi extinta, ficando o SBDC a ser liderado pelo CADE. O novo Programa de Leniência brasileiro é semelhante ao anterior, com exceção de três modificações pontuadas por CADE (2016a): o acordo passa a ser feito diretamente com o CADE; o líder do cartel pode ser signatário do acordo de leniência (pela Lei nº 10.149/00 o líder era impedido); o acordo de leniência também garante imunidade criminal.

Apesar de toda a discussão jurídica que permeia as políticas de leniência, do ponto de vista da Ciência Econômica elas visam alterar os incentivos das firmas e das pessoas envolvidas (ou que eventualmente possam se envolver) na infração. Isto está intrinsicamente relacionado à Teoria dos Jogos, campo definido como o estudo das interações estratégicas dos agentes econômicos. Enquanto parte da Ciência Econômica se destina ao estudo de decisões isoladas, como por exemplo uma empresa maximizando o lucro ou um consumidor maximizando sua utilidade em consumir bens e serviços, a Teoria dos Jogos analisa as ações dos agentes considerando as atitudes dos demais agentes, daí a interação estratégica. Esta literatura é antiga e tem sido aprimorada com o tempo, vide os modelos de Cournot e Bertrand ainda no século XIX e os diversos Prêmio de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel posteriores.

O presente artigo tem como objetivo analisar a literatura econômica relacionada à Teoria dos Jogos e aos programas de leniência, bem como avaliar o cenário brasileiro neste contexto²⁵⁸. Dois trabalhos estão proximamente relacionados a este artigo. O primeiro é Leslie (2006), que analisa o *US Corporate Leniency Policy* com base na Teoria dos Jogos, apresentando os conceitos básicos e relacionando com as modificações ocorridas nos Estados Unidos. O segundo é Rufino (2015), que faz algo semelhante para o Programa de Leniência brasileiro. Não obstante a importância dos trabalhos citados para os conceitos básicos e para a área jurídica, o presente artigo se diferencia por analisar mais a fundo e com maior rigor os conceitos econômicos, além de dar um panorama geral dos artigos de Teoria dos Jogos relacionados a este tema. Assim, é possível avaliar o cenário nacional e obter orientações para as políticas do Programa de Leniência brasileiro.

²⁵⁸ O trabalho está mais relacionado ao Programa de Leniência para cartéis de mercado. A literatura de cartéis em licitações é distinta e está ligada a um ramo da Teoria dos Jogos chamado teoria dos leilões.

2. Os conceitos principais

É comum representar as interações estratégicas envolvendo acordos colusivos pelo Dilema dos Prisioneiros. Esta é uma situação em que os agentes têm um maior ganho cooperando, porém cada um tem incentivos para trair individualmente. Como resultado, quando todos traem o ganho individual é menor que na situação de cooperação. A Tabela 1 representa este cenário para um acordo de cartel entre duas firmas:

Tabela 1. O jogo do Dilema dos Prisioneiros para duas firmas que formam um cartel.

		Firma 2	
		C	D
Firma 1	C	3,3	1,4
	D	4,1	2,2

A Firma 1 é representada pelas ações (ou estratégias) de cumprir o acordo de cartel (*C*) e trair e delatar a infração para a autoridade antitruste por meio de um acordo de leniência (*D*)²⁵⁹, ambos representados na horizontal e pelos primeiros números de cada quadrante, ao passo que a Firma 2 está na vertical e corresponde aos segundos números dos quadrantes. Os números representam o resultado da combinação das ações, conhecidos na literatura como *pay-offs*, portanto se ambas optarem por *C* cada uma ganha 3. A análise do jogo para a Firma 1 é a seguinte: no caso da Firma 2 escolher *C* é melhor para a Firma 1 optar por *D*, já que o *pay-off* ao reportar é 4 (ao invés de 3 se escolher *C*); no caso da Firma 2 optar por *D* também é melhor

²⁵⁹ O jogo também pode ser analisado comparando as estratégias de cumprir o acordo colusivo ou trair o cartel colocando um preço inferior ao acordado (traição sem envolvimento de leniência). No presente caso, como o objetivo é analisar as políticas de leniência, a ação de “delatar” representa colocar um preço menor e depois denunciar o cartel por meio de um acordo de leniência, por isto o ganho é maior que ao cumprir o acordo.

para a Firma 1 decidir por D , visto que o *pay-off* será de 2 ao invés de 1. A análise do jogo para a Firma 2 é análoga, porém comparando os segundos *pay-offs* entre as colunas. Como resultado, tem-se que (D,D) é o equilíbrio de Nash, definido por Fundenberg e Tirole (1991) como o conjunto de estratégias em que a ação de cada jogador é a melhor resposta dada as ações dos demais jogadores²⁶⁰. Na situação da Tabela 1 delatar é sempre a melhor resposta, por isso (D,D) é o equilíbrio de Nash.

Na situação acima a formação de um cartel é injustificável justamente pelo incentivo que cada firma tem para reportar a infração. Todavia, a situação é modificada no caso de um cartel em jogos repetidos. Novos elementos surgem neste contexto: as firmas irão comparar as expectativas dos ganhos em optar por C ou por D em cada período (e não somente o ganho corrente); é comum que haja alguma punição quando alguém delata, como a estratégia do gatilho (*grim-trigger strategy*), em que ambas cumprem com o cartel em todo período até que uma traia, resultando na não formação do cartel daí em diante; é comum pressupor que o jogo se repete infinitamente.

No contexto de jogos repetidos o mais importante não é o equilíbrio de Nash do jogo como um todo, mas sim a sequência de ações que constituem o equilíbrio de Nash em cada subjogo. Isto significa que as firmas serão racionais ao tomar a melhor decisão em cada segmento do jogo, o que constitui um “equilíbrio perfeito de subjogos”. Fundenberg e Tirole (1991) explicam da seguinte forma: visto que todo jogo é um subjogo de si mesmo, um equilíbrio perfeito de subjogos é necessariamente um equilíbrio de Nash; se o único subjogo for o jogo inteiro eles coincidem; se o jogo possuir mais subjogos pode haver equilíbrios de Nash que não são equilíbrios perfeito de subjogos.

Conforme ressaltado em Spagnolo (2008), o desenho ótimo de políticas de leniência visa destruir os equilíbrios colusivos, de modo que os carteis sejam dissuadidos (não se formem) e/ou desestabilizados. A literatura geralmente considera o equilíbrio colusivo como um equilíbrio perfeito de subjogos em que as firmas formam o cartel em todo período e nunca traem, ou seja, o cartel é sustentável²⁶¹. Denote o valor esperado desta sequência de ações por V_C , a probabilidade do CADE descobrir e punir o cartel por α , a multa a ser paga por cada firma caso o cartel seja descoberto (sem leniência) por F e o fator de desconto temporal por δ ²⁶². Suponha ainda que o cartel nunca mais se forme depois de ser descoberto e punido,

²⁶⁰ Ver Fundenberg e Tirole (1991) para uma definição com rigor matemático.

²⁶¹ Alguns trabalhos também analisam o equilíbrio perfeito de subjogos em que as empresas fazem o cartel e delatam em todo período, porém este é um cenário pouco realista para o Brasil.

²⁶² Este é o valor com que as firmas valoram os ganhos futuros em termos presentes. Quanto maior δ mais

resultando em competição entre firmas e lucro zero daí em diante (este é o caso de um cartel de produtos homogêneos). O valor esperado de formar o cartel em cada período para cada firma da Tabela 1 é dado por:

$$V_C = 3 - \alpha F + \delta \left[\alpha \frac{0}{(1-\delta)} + (1 - \alpha)V_C \right] \quad (1)$$

A explicação é a seguinte na ordem da expressão (1): no período presente cada firma ganhará 3 por optar por C no jogo da Tabela 1; com probabilidade α o cartel é descoberto e a firma pagará a multa F no período presente; no período seguinte, se o cartel foi descoberto as firmas irão competir para sempre e ganharão 0 por período daí em diante²⁶³; se o cartel não foi descoberto (com probabilidade $(1 - \alpha)$) a firma jogará o mesmo jogo novamente, representado por V_C .

Para ser um equilíbrio perfeito de subjogos o valor esperado de cumprir o cartel (V_C) deve ser a melhor escolha em todo período. No caso, deve ser melhor que a ação de delatar o cartel. O valor esperado de trair o acordo e ser o único a delatar é dado por:

$$V_D = 4 - \bar{F} + \delta \left[\frac{0}{(1-\delta)} \right] \quad (2)$$

Ao assinar o acordo de leniência a firma ganhará 4 no período presente, porém a autoridade antitruste estará cem por cento certa da existência do cartel ($\alpha = 1$). Com isto, a firma que reportar pagará a multa \bar{F} no período presente, de modo que $0 \leq \bar{F} \leq F$, isto é, se $\bar{F} = F$ não há nenhum benefício em delatar (a multa a ser paga é a mesma), se $0 < \bar{F} < F$ há anistia parcial de multas e se $\bar{F} = 0$ há imunidade. Considerando ainda a *grim-trigger strategy* as firmas nunca mais formarão o acordo e irão competir em um duopólio para sempre, portanto o lucro zero daí em diante. Note que ambas reportarem não é um equilíbrio perfeito de subjogos justamente pela *grim-trigger strategy*, isto é, não é possível tomar esta ação em todo período.

Com a definição de V_C e V_D é possível obter a condição de sustentabilidade do cartel, conhecida na literatura como *incentive compatibility constrain* (doravante ICC). A ICC

paciente é a firma, isto porque ela valoriza mais os ganhos no futuro. Da mesma forma, um baixo valor de δ implica que a firma é impaciente, valorizando mais os ganhos correntes.

²⁶³ O termo $0\delta/(1 - \delta)$ resulta de uma progressão aritmética infinita. No período seguinte a firma ganhará $\delta 0$ em valor atual, no próximo $\delta^2 0$, no próximo $\delta^3 0$, e assim por diante. Portanto, o valor total é $0(\delta + \delta^2 + \delta^3 + \dots)$, ou $0\delta(1 + \delta + \delta^2 + \dots)$. Como $(1 + \delta + \delta^2 + \dots) = 1/(1 - \delta)$ pela soma de uma progressão aritmética infinita, tem-se $0\delta/(1 - \delta)$.

implica que $V_C \geq V_D$, ou seja, que o valor esperado de cumprir o acordo de cartel seja maior ou no mínimo igual ao valor esperado de reportar em todo período. Igualando as expressões (1) e (2) e isolando o fator de desconto temporal a seguinte expressão é obtida:

$$\delta \geq \frac{1}{(1-\alpha)} - \frac{(3-\alpha F)}{(1-\alpha)(4-\bar{F})} \quad (3)$$

Este é o limiar que garante a sustentabilidade do cartel. Se δ for maior ou igual à expressão da direita em (3) a ICC é satisfeita e o cartel é sustentável, caso contrário é mais vantajoso trair e reportar a infração. Os programas de leniência visam modificar o parâmetro \bar{F} ao conceder anistia parcial ou imunidade de multas para a firma que assinar o acordo. Nota-se que a expressão do lado direito de (3) aumenta à medida que \bar{F} decresce, sendo que o valor máximo é obtido quando $\bar{F} = 0$. Supondo que há na economia diversos cartéis com distintos valores de δ , quando $\bar{F} = 0$ a ICC é fortalecida e um maior número de cartéis é evitado, dado que menos equilíbrios perfeitos de subjogos serão satisfeitos. Por exemplo, suponha $\alpha = 0,5$, $F = 1$ e $\bar{F} = 1$, de modo que não haja anistia de multa para o assinante do acordo de leniência. O lado direito de (3) será aproximadamente 0,33. Para um cartel em que as firmas tenham um fator de desconto temporal de 0,7 o equilíbrio perfeito de subjogos é satisfeito e o cartel será sustentável. Porém, se a autoridade antitruste concede imunidade ao delator, tal que $\bar{F} = 0$, o lado direito de (3) se torna 0,75 e o cartel não é mais sustentável.

Em suma, o panorama acima demonstra que a adoção de um Programa de Leniência altera os incentivos das firmas a formarem cartéis, ao mesmo tempo em que a política ótima para dissuadir e desestabilizar os cartéis é garantir imunidade para a firma que delatar a infração. Este é um cenário simplificado, exposto apenas para uma compreensão adequada dos conceitos básicos da literatura econômica do tema. Os artigos relacionados, em geral, utilizam os conceitos supracitados, porém com modificações de acordo com o objeto de análise e o tema de interesse, como por exemplo analisar as consequências da recompensa financeira por reportar, se é uma política ótima fornecer leniência apenas para o primeiro a reportar, se é ótimo fornecer imunidade de multas mesmo após a autoridade antitruste estar investigando o caso, entre outros temas.

3. A literatura de leniência relacionada à Teoria dos Jogos

A literatura relacionada ao tema é vasta e tem aumentado com o passar dos anos. Na presente seção são apresentadas as principais contribuições que podem ser úteis para compreender e orientar o Programa de Leniência brasileiro²⁶⁴.

O trabalho seminal é Motta e Polo (2003). Por meio da modelagem de jogos repetidos infinitamente os autores ressaltam que o Programa de Leniência tem dois efeitos principais: ele é benéfico ao *enforcement* de combate aos cartéis, principalmente se for considerado que a autoridade antitruste tem uma restrição orçamentária e deve buscar obter melhores resultados a menores custos; por outro lado, ele reduz o custo esperado de formar um cartel por diminuir as multas para quem assinar o acordo. Os autores concluem que o efeito benéfico é dominante quando a autoridade antitruste tem recursos limitados, por isso é desejável que a legislação antitruste do país tenha um Programa de Leniência em voga. Isto não é verdade quando a autoridade tem recursos à vontade para investigar e punir sem a necessidade de leniência, porém este não é o cenário de praticamente nenhuma agência antitruste no mundo. Em adição, eles concluem que é desejável que os benefícios possam ser concedidos mesmo quando o acordo for assinado após o início das investigações.

Uma importante contribuição foi realizada em Spagnolo (2005). Inicialmente, o autor analisa um cenário em que as multas recolhidas dos demais membros do cartel são entregues ao assinante do acordo como uma espécie de recompensa. Este é denominado de *corageous leniency*, porém é um cenário irreal, não praticado em nenhum país que se tenha notícia. A parte mais interessante do trabalho se refere ao caso de anistia parcial e/ou imunidade de multas, mais comum nos países e denominado de *moderate leniency*. O autor desenvolve o conceito de “risco” (*riskyness*), ressaltando que um programa de leniência eleva a desconfiança interna do cartel e aumenta o risco de ser traído, o que é uma fonte importante de dissuasão. Além disto, a política ótima é obtida quando a leniência é garantida apenas ao primeiro que reportar, elevando ao máximo o medo da traição.

Uma abordagem distinta foi realizada em Houba, Motchenkova e Wen (2015). Ao invés de considerar a formação do cartel como uma decisão binária (formar ou não formar), os autores analisam o cartel como um monopólio que pode ser sustentado em diferentes níveis de preços. Para os propósitos do presente trabalho, o resultado mais interessante é de que a política ótima é fornecer imunidade ao delator mesmo após a autoridade antitruste estar

²⁶⁴ Em alguns casos mais de um trabalho recomenda a mesma política, enquanto em outros casos os artigos não chegam a uma conclusão clara de política e/ou analisam casos específicos. Buscou-se apresentar os trabalhos com sugestões claras, que possam ser analisadas no contexto da legislação brasileira. Para uma revisão completa da literatura ver Spagnolo e Marvão (2016).

investigando o caso.

Enquanto os trabalhos supracitados estão mais relacionados às políticas de leniência para firmas, Aubert *et al.* (2006) exploram também a questão das recompensas para o indivíduo que reportar o cartel. Os autores afirmam que uma forma de tornar o cartel menos rentável é oferecer uma recompensa ao delator, seja uma empresa ou um funcionário. No caso do delator ser um funcionário a firma teria que suborná-lo para que o sigilo se mantivesse, o que reduz o lucro da empresa e desestabiliza o cartel.

A leniência *plus* é uma política recente adotada pelos Estados Unidos (e também no Brasil) que visa incentivar as firmas que fazem parte de um cartel a reportar outro cartel do qual também fazem parte. Lefouili e Roux (2012) analisam a leniência *plus* por meio da Teoria dos Jogos e ressaltam o contexto dos carteis multimercados, isto é, quando as mesmas firmas são membros de carteis em distintos mercados. Os autores concluem que as autoridades antitruste devem ser cautelosas ao combinar políticas de combate aos carteis, visto que efeitos pró-colusivos podem surgir. Em particular, a introdução da leniência *plus* gera efeitos positivos e negativos dependendo do contexto analisado, por isto o trabalho não recomenda claramente a implementação desta política.

Uma das discussões mais recentes sobre os programas de leniência é a interface entre o *enforcement* público e privado. No caso, o *enforcement* público é a ação da autoridade antitruste (investigação, políticas de leniência, grau de severidade das multas, e etc), enquanto o *enforcement* privado são as ações judiciais de reparação de danos. Em muitas jurisdições as vítimas de cartel podem requerer judicialmente uma reparação por danos, sejam elas consumidores, fornecedores, e até mesmo instâncias do governo que se sentiram lesadas por carteis de mercado ou carteis em licitações. Em Buccirosi, Marvão e Spagnolo (2015) os autores analisam esta interação e concluem: o *enforcement* privado é mais eficaz na prevenção de carteis quando a responsabilidade pelos danos ao delator é zero, isto é, quando há imunidade com relação aos danos. Neste cenário, também é eficiente disponibilizar ao máximo as informações para que as vítimas possam processar o cartel. A análise demonstra que esta proposta é mais eficaz que as políticas atuais nos Estados Unidos, União Europeia e também na Hungria, onde a o assinante do acordo pode ser solicitado a reparar os danos somente se o montante não puder ser recolhido dos demais membros do cartel.

4. O contexto brasileiro

A presente seção visa abordar os aspectos do Programa de Leniência brasileiro com base nas indicações da literatura apresentada anteriormente. O intuito é verificar se o programa se adequa às principais recomendações, além de comparar com outras jurisdições. A Tabela 1 a seguir sumariza as recomendações:

Tabela 1. Artigos, recomendações e a adequação do Programa de Leniência brasileiro

Artigo	Recomendação	Corresponde à situação brasileira?
Motta e Polo (2003)	Benefícios mesmo após o início das investigações	Sim
Spagnolo (2005)	Benefícios restritos ao primeiro que assinar o acordo	Sim
Houba, Motchenkova e Wen (2015)	Imunidade garantida ao delator mesmo após o início das investigações	Não
Aubert <i>et al.</i> (2006)	Recompensas ao indivíduo que reportar o cartel	Não
Lefouili e Roux (2012)	Prós e contras da leniência <i>plus</i> . Recomendação inconclusiva.	Sim (há a leniência <i>plus</i>)
Buccirossi, Marvão e Spagnolo (2015)	Imunidade ao delator com relação aos danos causados e divulgação total das informações para as partes lesadas	Não

Com relação à recomendação de Motta e Polo (2003), a Lei nº 12.529/2011 define que a imunidade total das penas administrativas para empresas e indivíduos é obtida quando o CADE não tiver ciência da infração. Se a investigação já estiver em curso as penas podem ser reduzidas de um a dois terços, dependendo da boa-fé do infrator. Há, desta forma, benefícios

ao delator mesmo após o início das investigações. Nos Estados Unidos, de acordo com o documento oficial do *Antitrust Division*, subordinado ao Departamento de Justiça norte americano²⁶⁵, os pré-requisitos e os possíveis benefícios também variam no caso da investigação já ter sido iniciada ou não. Em caso positivo o delator ainda poderá obter total leniência se: for a primeira que se qualificar para o acordo de leniência; no momento do acordo a *Antitrust Division* não tem informação suficiente para acusar a corporação; for considerado que a anistia não é injusta com os demais (isto inclui a firma ser a líder, ou seja, não é possível que o líder do cartel seja signatário do acordo). Na União Europeia, segundo o documento oficial do *European leniency program*, elaborado pelo *European Competition Network*²⁶⁶, há duas possibilidades da firma obter leniência: a primeira refere-se à imunidade total de multas e exige que a firma seja a primeira a ser qualificar, além do fato da autoridade antitruste não ter possuído informações suficientes para condenar o cartel; a segunda refere-se à possibilidade de obter leniência parcial e exige que a firma forneça evidências valorosas para a autoridade antitruste, complementando as informações já obtidas. Nota-se, portanto, que a sugestão de Motta e Polo (2003) é atendida nas três jurisdições.

A sugestão de Spagnolo (2005) também é atendida no Brasil. Conforme já mencionado, o Programa de Leniência brasileiro foi inspirado no programa norte americano, conhecido pela abordagem *winner takes all* nas palavras de Martinez (2015). Somente o primeiro a assinar o acordo obtém os benefícios. É comum no Brasil que após uma delação pelo Programa de Leniência que os demais membros do cartel assinem um Termo de Compromisso de Cessação (TCC), no qual admitem a culpa pelo ilícito e recebem uma redução das possíveis multas²⁶⁷. Isto poderia ser encarado como uma leniência para os demais membros, porém são políticas distintas com objetivos diferentes. Supõe-se que o Programa de Leniência está mais relacionado com a dissuasão e desestabilização de carteis, além de incentivar os membros a reportarem um cartel do qual o CADE ainda não tem conhecimento. Por outro lado, o TCC está mais ligado à redução dos custos e do tempo de investigação, visto que normalmente as firmas só assinam TCCs após o CADE já estar investigando o caso. Ao contrário do Brasil e dos Estados Unidos, na União Europeia o grau de leniência varia se a firma é a primeira, segunda, terceira, e assim por diante a qualificar-se para o acordo. A primeira firma a assinar o acordo de leniência pode obter imunidade total no caso da autoridade não saber do caso ou de 30% a 50% de redução de multa, a segunda de 20% a 30%

²⁶⁵ Disponível em <http://www.justice.gov/atr/corporate-lenieny-policy>.

²⁶⁶ Disponível em http://ec.europa.eu/competition/ecr/mlp_revised_2012_en.pdf.

²⁶⁷ Para maiores detalhes, ver CADE (2016b).

e as demais até 20% de redução. Nota-se, portanto, que a sugestão de Spagnolo (2005) é atendida no Brasil e nos Estados Unidos e não é atendida na União Europeia.

A próxima recomendação é a de Houba, Motchenkova e Wen (2015). Conforme mencionado, se a investigação já estiver em curso pelo CADE as penas podem ser reduzidas de um a dois terços, dependendo da boa-fé do infrator. Desta forma, não há imunidade automática. No Estados Unidos há a total imunidade mesmo após a investigação ter sido iniciada (se a firma se qualificar conforme citado anteriormente), enquanto na União Europeia é possível obter apenas a leniência parcial. A sugestão, portanto, só é atendida nos Estados Unidos.

Já a recomendação de Aubert *et al.* (2006) não é atendida em nenhuma jurisdição que se tem notícia, nem para pessoas físicas nem para firmas. De acordo com Sullivan *et al.* (2011), o Reino Unido, a Coreia do Sul e a Hungria possuem regras que visam recompensar indivíduos que reportarem um cartel, porém estas são destinadas a terceiros, isto é, não são válidas para participantes do acordo colusivo. Como ressaltado por Spagnolo (2005), uma possível recompensa financeira ao delator é uma ação vista como imoral, já que o mesmo estaria sendo beneficiado por ter praticado uma infração. Do ponto de vista moral e jurídico esta é uma discussão que foge do escopo do presente trabalho, porém do ponto de vista dos incentivos econômicos Aubert *et al.* (2006) sugerem a adoção da recompensa ao delator como forma de desestabilizar o cartel.

Com relação ao tema abordado em Lefouili e Roux (2012) a Lei nº 12.529/2011 define os critérios para a leniência *plus* no Brasil. O Parágrafo 7º do Art. 86 afirma: “a empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o CADE não tenha qualquer conhecimento prévio”. Já o Parágrafo 8º do mesmo artigo define: “o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada”. Os autores ressaltam os pontos positivos e negativos relacionados à esta política e não chegam a recomendá-la de fato, porém como ela também é adotada nos Estados Unidos e na União Europeia supõe-se que seja adequado ter uma política deste tipo em voga.

Por fim, a sugestão de Buccirosi, Marvão e Spagnolo (2015) também não é aplicada em nenhum lugar que se tenha notícia. Segundo Cauffman (2011), nos Estados Unidos as

empresas podem ser responsabilizadas pelos danos triplicados, além de serem solidariamente responsáveis pelo dano do cartel inteiro. Com o acordo de leniência o *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* de 2004 limita a responsabilidade do delator aos danos simples e atribuíveis apenas às próprias ações, enquanto os demais membros poderão ser requisitados a cobrir os danos adicionais. Além disto, as partes lesadas podem requisitar qualquer informação que julgarem relevante para o processo. Na União Europeia os critérios estão presentes em European Commission (2014): o assinante do acordo de leniência é solidariamente responsável pelos danos causados diretamente e indiretamente aos compradores e fornecedores; somente poderá ser responsável pelos danos aos demais agentes lesados se a total compensação não puder ser obtida das demais firmas do cartel. Além disto, a divulgação de informações acerca das provas obtidas com o acordo de leniência não é permitida. No Brasil ainda não há nenhuma política específica neste sentido, apesar de algumas sugestões estarem em curso. A tendência é permitir que o delator seja responsabilizado apenas pelos danos que ele mesmo causou, ao mesmo tempo em que as informações para as partes lesadas possam ser divulgadas com mais facilidade, desde que não prejudiquem as investigações. Nota-se, portanto, que a recomendação de Buccirosi, Marvão e Spagnolo (2015) não é atendida em nenhuma das três jurisdições. O mais próximo disto é na Hungria, onde o beneficiário da leniência tem imunidade com relação aos danos, ao menos que o montante total não possa ser cobrado das demais firmas.

Com base na Tabela 1 é possível notar que nas duas primeiras recomendações o cenário no Brasil é adequado às sugestões e está de acordo com o *US Corporate Leniency Program*. Com relação à terceira uma modificação é sugerida: garantir imunidade ao assinante do acordo de leniência mesmo após o início das investigações. A quarta recomendação é inconclusiva e a terceira e a quinta são debates recentes. Ainda há bastante discussão acerca de recompensas para infratores e responsabilidade pelos danos do cartel, sendo estes importantes temas a serem discutidos nas políticas antitruste atuais e para o futuro.

5. Conclusões

As políticas de leniência estão intrinsecamente ligadas aos incentivos dos agentes a formarem cartéis. Pela ótica da Teoria dos Jogos a ideia é dissuadir e/ou desestabilizar os acordos colusivos por meio da redução da punição do delator. Neste contexto, o presente

artigo teve como objetivo analisar a literatura econômica relacionada à Teoria dos Jogos e aos programas de leniência, bem como avaliar o cenário brasileiro neste contexto.

É possível notar que o Programa de Leniência brasileiro é adequado às recomendações da literatura analisada no que concerne os assuntos mais antigos e já pouco discutidos atualmente, tais como o benefício somente ao primeiro delator e possíveis benefícios mesmo após o CADE estar investigando o caso. A única mudança sugerida de fato é a garantia à imunidade no segundo caso. Sobre a recompensa ao delator e a responsabilidade pelos danos, apesar da não adequação à literatura não é possível dizer que o Programa de Leniência brasileiro seja atrasado, visto que são discussões recentes e até mesmo as jurisdições mais tradicionais em *enforcement* antitruste ainda não têm uma posição definitiva.

Cabe aos profissionais e acadêmicos no Brasil estarem atentos aos debates atuais, analisando as tendências mundiais para que a legislação no país seja aprimorada. Em adição aos temas citados, problemas intrinsecamente nacionais também devem ser debatidos, visto que podem estar prejudicando a aplicação da legislação de Defesa da Concorrência e do Programa de Leniência brasileiro. Como exemplo, tem-se a morosidade do sistema judiciário brasileiro, o fato do Brasil ser um país em desenvolvimento e por consequência não ter como prioridade o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, além de outros temas relevantes.

6. Referências Bibliográficas

AUBERT, C.; REY, P.; KOVACIC, W. E. The Impact of Leniency and Whistle Blowing Programs on Cartels. *International Journal of Industrial Organization*. V. 24, Nº 6, p. 1241-1266. 2006.

BUCCIROSSI, P.; MARVÃO, C.; SPAGNOLO, G. 2015. Leniency and Damages. CEPR Discussion Paper No. DP10682. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2624637>. Acesso em 01 de setembro de 2017.

CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). 2016a. Guia – Programa de Leniência Antitruste do CADE. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf. Acesso em: 10 de setembro de 2017.

CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). 2016b. Guia – Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final-1.pdf. Acesso em: 10 de setembro de 2017.

CAUFFMAN, C. The Interrelationship between Leniency and Damages Actions. *Competition Law Review*. P. 181-220. 2011.

EUROPEAN COMMISSION. 2014. Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the member states and of the European Union. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32014L0104>. Acesso em 02 de setembro de 2017.

FUDENBERG, D.; TIROLE, J. Game Theory. Cambridge, MA: MIT Press; 1991. 604 p.

HOUBA, H.; MOTCHENKOVA, E.; WEN, Q. The Effects of Leniency on Cartel Pricing. *The BE Journal of Theoretical Economics*, 15(2), 351-389. 2015.

LEFOUILI, Y.; ROUX, C. Leniency programs for multimarket firms: The effect of Amnesty Plus on cartel formation. *International Journal of Industrial Organization*, V. 30, Nº 6, p. 624-660. 2012.

LESLIE, C. R. Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. *Journal of Corporation Law*, vol. 31, p. 453-488, 2006.

MARTINEZ, A. P. Challenges Ahead of Leniency Programmes: The Brazilian Experience. *Journal of European Law and Practice*. V. 6, Nº 4, p. 260-267. 2015.

MOTTA, M. ; POLO, M. Leniency Programs and Cartel Prosecution. *International Journal of Industrial Organization*. V. 21, Nº 3, p. 347-379. 2003.

PINHA, L. C.; BRAGA, M. J.; CORREIA, G. A. S. A efetividade dos programas de leniência

e o contexto brasileiro. *Revista de Defesa da Concorrência*, v.4, n.1, p. 133-152. 2016.

RUFINO, V. S. Análise da conformação normativa do Programa de Leniência Brasileiro à luz da Teoria dos Jogos. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, v. 1, n. 1, p. 47-64. 2015.

SPAGNOLO, G. Divide et impera: Optimal leniency programmes, CEPR Discussion Papers nº 4840. 2005.

SPAGNOLO, G. Leniency and Whistleblowers In Antitrust. In: BUCCIROSSI, P (ed). *Handbook of Antitrust Economics*, Cambridge, MIT Press. 2008. p. 259-304.

SPAGNOLO, G.; MARVÃO, C. 2016. Cartels and Leniency: Taking Stock of What We Learnt. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2850498> . Acesso em 01 de setembro de 2017.

SULLIVAN, K. R.; BALL, K.; KLEBOLT, S. 2011. The Potential Impact of Adding a Whistleblower Rewards Provision to ACPERA. The Antitrust Source. Disponível em: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/oct11_sullivan_10_24f.authcheckdam.pdf . Acesso em 02 de setembro de 2017.