

7

AVALIAÇÃO DE IMPACTO DE POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: PROGRAMA DE LENIÊNCIA DA COMISSÃO EUROPEIA (DG-COMP) E DO CADE

Antitrust Policy Impact Assessment: European Commission's (DG-COMP) and CADE's Leniency Program

Vitor Jardim Machado Barbosa²

Universidade de Lisboa - Lisboa, Portugal

Luisa Marcelino Bono³

Fundação Getúlio Vargas (FGV) - São Paulo/SP, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Contextualização: O artigo analisa o Programa de Leniência da Comissão Europeia e do Cade, destacando seus efeitos positivos e negativos, com base nos conceitos de eficácia e efetividade.

Objetivo: O artigo busca empreender uma análise crítica do Programa de Leniência da Comissão Europeia e do Cade.

Método: A investigação crítica conduzida pelo artigo utilizou dados empíricos e qualitativos, além de publicações da OCDE, para a verificação do nível de eficácia e efetividade de cada Programa de Leniência.

Conclusões: É apresentada uma análise sobre os principais desafios a serem enfrentados na Europa para melhorar o desempenho de sua política de Leniência, como a inflação da Leniência, o uso estratégico da Leniência e os efeitos da Leniência na esfera cível. Em relação ao Brasil, são realizados apontamentos críticos. Conclui-se que os programas de Leniência têm potencial para se tornar um

Editor responsável: Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braido, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

Recebido em: 12/03/2022

Aceito em: 30/09/2022

Publicado em: 14/12/2022

2 Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e Mestrando em Direito pela Universidade de Lisboa. Vitor atuou na Missão do Brasil junto à Organização Mundial do Comércio e outras Organizações Econômicas em Genebra em 2018, e desde 2021 é Non Governmental Advisor (NGA) da International Competition Network (ICN). Vitor é advogado na área de direito concorrencial do Stocche Forbes Advogados (São Paulo, SP). **E-mail:** vbarbosa@stoccheforbes.com.br; **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/2522124653886239>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-1256-5784>.

3 Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e pós-graduada em Direito Econômico e Concorrencial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Luisa é advogada na área de direito concorrencial do Stocche Forbes Advogados (São Paulo, SP). **E-mail:** lbono@stoccheforbes.com.br; **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/8077508694845658>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-8252-868X>.

mecanismo de dissuasão mais poderoso a partir do enfrentamento de tais desafios.

Palavras-chave: Leniência, Brasil, Comissão Europeia, cartéis, efetividade, desafios.

STRUCTURED ABSTRACT

Context: The article analyzes the Leniency Program of the European Commission and CADE, highlighting its positive and negative effects, considering the concepts of efficiency and effectiveness.

Objective: The article seeks to undertake a critical analysis of the Leniency Program of the European Commission and CADE.

Method: The article analyzes the Leniency Programs established by the European Commission and by CADE, using the available empirical and qualitative data, as well as data from OECD's materials to verify the level of efficiency and effectiveness of both programs.

Conclusions: An analysis is presented on the main challenges to be faced in Europe to improve the performance of the leniency programs, such as leniency inflation, the strategic use of leniency agreements and the effects of leniency on private damage actions. Regarding Brazil, the article provides some critical remarks. The article concludes that leniency programs have potential to become an even more powerful mechanism for fighting cartels by facing these challenges.

Key words: leniency, Brazil, European Commission, cartels, effectiveness, challenges.

Classificação JEL: K21, L41

Sumário: 1. Introdução; 2. Programa de Leniência da Direção-geral da Comissão Europeia – divisão de concorrência; 3. A Leniência no Brasil; 4. A dualidade de efeitos positivos e negativos da política de Leniência; 5. Eficácia, efetividade, análise de custo-benefício e os atores envolvidos – bases teóricas; 6. A adoção de programas de Leniência – benefícios; 6.1. Comissão Europeia; 6.2. Brasil; 7. A adoção de programas de Leniência – potencial ausência de efetividade dissuasória; 7.1. União Europeia; 7.2. Brasil; 8. Conclusão; 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A política de Leniência, conforme ensina Forgioni (2016, p. 157), surge no final do século XX como um mecanismo das autoridades antitruste para detecção e prova de existência de condutas colusivas anticoncorrenciais, principalmente cartéis. Os participantes de um conluio costumam atuar de maneira velada (HARRINGTON; CHANG, 2009, p. 1402)⁴, sem acordos escritos, visando evitar que a prática seja descoberta pelas autoridades. Não sendo fácil provar a existência de um cartel, a confissão e a entrega de provas para as autoridades por participantes da conduta, em troca de benefícios como redução de multas e extinção de punibilidade, se coloca como uma forma inteligente de autoridades antitruste ampliarem o combate a cartéis.

A política de Leniência, além de um mecanismo de detecção e prova de infrações, busca gerar um efeito dissuasor na formação de cartéis e desestabilizar o funcionamento dos cartéis existentes,

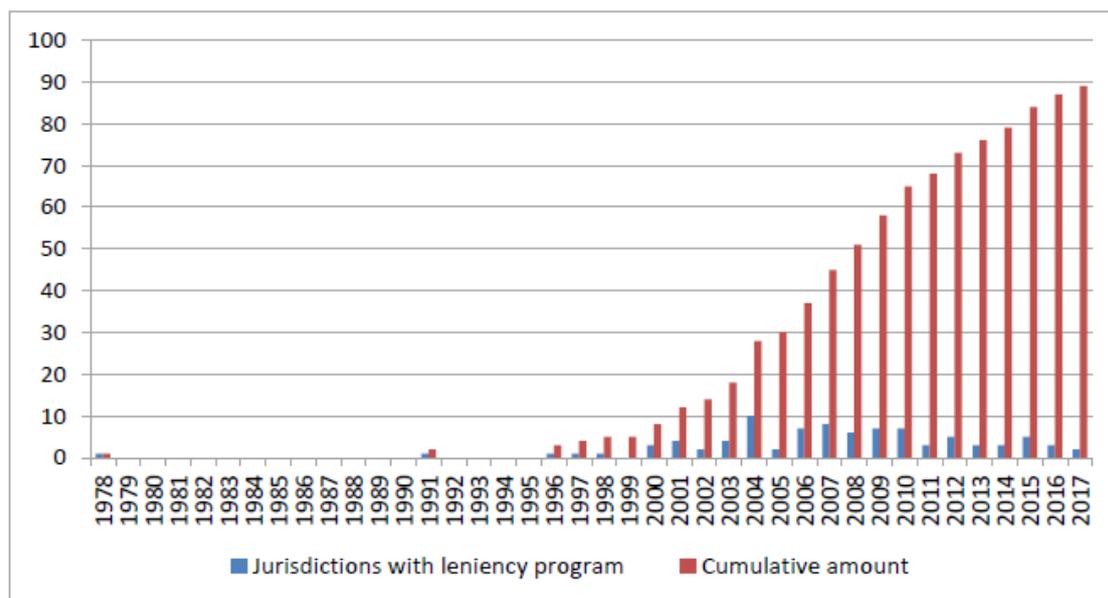
⁴ "Due to their illegality, cartels hide themselves; we observe only the population of discovered cartels." (HARRINGTON; CHANG, 2009, p. 1402).



uma vez que cria desconfiança e suspeita entre os membros do cartel, considerando que a qualquer momento pode haver uma delação.

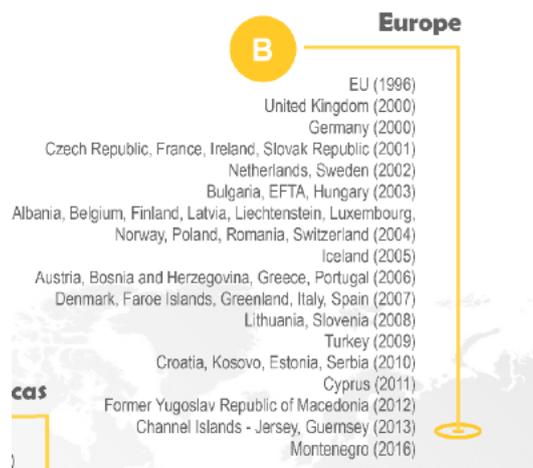
Observando os números trazidos pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (OECD, 2019b), nota-se que a adoção de programas de Leniência desde 2000 foi muito acentuada (OECD, 2019b, p. 16). Essa adesão maciça de Programas de Leniência pelos países no final do século XX e início do século XXI é denotado por Spagnolo (2008, p. 259) como *“the leniency revolution”*. No ano 2000, apenas os Estados Unidos, Canadá, Comissão Europeia, Reino Unido, Alemanha e Coréia do Sul já haviam introduzido tais programas. A partir de então, nota-se o aumento exponencial na utilização do instituto da leniência ao redor do mundo:

Figure 2. Leniency programmes by year of introduction



Fonte: OECD (2019b, p. 16).

Figure 3. Introduction of leniency programmes



Fonte: OECD (2019b, p. 17).

Na América Latina, por sua vez, os Programas de Leniência somente foram adotados a partir do ano 2000, com pioneirismo do Brasil. Em vários países latinos, a adoção da Leniência tardou ainda mais, sendo que, até hoje, nem todos possuem Programas de Leniência antitruste em seus ordenamentos jurídicos.



Fonte: OECD (2019b, p. 17).

Ainda que providas de um conceito comum entre elas, as políticas de Leniência adotaram parâmetros distintos nos diferentes países do mundo. Segundo Pereira Filho (2015, p. 87), há uma falta de consenso da literatura especializada quando se fala principalmente sobre os efeitos que um Programa de Leniência pode gerar no comportamento de um agente econômico. Questiona-se: a leniência é um mecanismo capaz de desestimular condutas colusivas? O modelo atual torna o programa atrativo para os agentes, ou os riscos a que estariam submetidos excederem os eventuais benefícios de um acordo?

A partir do capítulo a seguir, o presente artigo buscará traçar o histórico da adoção de políticas de Leniência na Europa e no Brasil e realizar apontamentos relacionados à análise de custo-benefício da adoção do Programa de Leniência pela Comissão Europeia e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), tendo em vista as informações sobre a eficácia e a efetividade dessas políticas em suas jurisdições com base em dados qualitativos e dados empíricos.

2. PROGRAMA DE LENIÊNCIA DA DIREÇÃO-GERAL DA COMISSÃO EUROPEIA - DIVISÃO DE CONCORRÊNCIA

A direção-geral da Comissão é responsável pela política europeia de concorrência e pela aplicação das regras de concorrência europeias. A política da concorrência da União Europeia é uma componente essencial do mercado interno e tem como objetivo proporcionar a todos os consumidores europeus produtos e serviços de melhor qualidade e a preços mais baixos (COMISSÃO EUROPEIA, 2016, p. 3).⁵

⁵ Sobre o papel da política da concorrência na União Europeia, Vide o documento Compreender as políticas da União Europeia: Concorrência (COMISSÃO EUROPEIA, 2016).

Esta política centra-se, entre outras atividades, na luta contra os cartéis. Para facilitar a detecção e a eliminação dos cartéis, a Comissão aplica a chamada “política de Leniência”. Fundamentalmente, esta política confere imunidade total às empresas que reconhecem e apresentam provas da sua participação num cartel ou, pelo menos, uma redução das multas aplicadas pela Comissão⁶.

Desde 1996, a Comissão possui um programa de Leniência para dar às empresas a oportunidade de admitirem as suas irregularidades e de evitarem ou reduzirem uma multa potencialmente pesada por infrações à concorrência. O denominado *Leniency Notice* possibilita imunidade à primeira empresa que delatar à autoridade o cartel e seguiu uma abordagem de escalonamento das multas (RODAS, 2007, p. 23).

Em 2002, a Comunidade Europeia promoveu uma reforma, ampliando a transparência e ofertando maiores garantias nas condições de concessão de eventuais reduções das penas aos membros de cartéis que buscam os acordos. Essa reforma possibilitou a redução de pena para as empresas colaboradoras, ainda que as investigações já tenham sido iniciadas, desde que cumpram determinados requisitos.

As principais características do programa estão atualmente previstas na Comunicação de 2006 relativa à imunidade em matéria de multas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (“Comunicação sobre a Leniência”) (COMUNICAÇÃO, 2006). A comunicação abrange acordos secretos e práticas concertadas que são considerados restrições graves entre concorrentes. A principal alteração de 2006 foi a inclusão da possibilidade do candidato continuar participando do cartel, na medida da necessidade para preservar a integridade e confidencialidade das negociações do acordo de Leniência.

Não existe qualquer responsabilidade penal ao abrigo do direito da concorrência da União Europeia. No entanto, a Diretiva REC+ (COMISSÃO EUROPEIA, 2017) exige que os Estados-Membros assegurem aos trabalhadores dos requerentes imunidade das autoridades nacionais da concorrência e da Comissão contra ações penais/sanções a indivíduos.

Os requerentes dos pedidos de Leniência (i) devem cooperar plenamente, de forma contínua, a partir do momento em que apresentam suas candidaturas durante todo o procedimento administrativo da Comissão; (ii) devem ter posto termo à sua participação no cartel imediatamente após a sua aplicação, exceto o que, segundo a Comissão, seria razoavelmente necessário para preservar a integridade das investigações; e (iii) não devem ter destruído, falsificado ou dissimulado elementos de prova do cartel, nem divulgado o fato ou o conteúdo do seu pedido previsto, exceto a outras autoridades da concorrência (COMUNICAÇÃO, 2006).

3. A LENIÊNCIA NO BRASIL

A instituição do Programa de Leniência ocorre no Brasil alguns anos após ser implementado na Europa. Em 2000, a Lei n.º 8.884/94 teve sua redação modificada pela Lei n.º 10.149/00, a qual

⁶ “Para facilitar a deteção e a eliminação dos cartéis, a Comissão aplica a chamada «política de Leniência». Fundamentalmente, esta política confere imunidade total às empresas que reconhecem e apresentam provas da sua participação num cartel ou, pelo menos, uma redução das multas aplicadas pela Comissão. As partes envolvidas num cartel podem também reconhecer a infração e assumir a sua responsabilidade mediante o procedimento de transação previsto pela Comissão em processos relativos a cartéis. Este procedimento permite reduzir a duração do processo e, por conseguinte, economizar os recursos da Comissão. As empresas que optam por este procedimento beneficiam também de uma redução da multa aplicável.” (COMISSÃO EUROPEIA, 2016, p. 5).

acrescentou os artigos 35-B e 35-C no diploma de 1994, criando o instituto da Leniência no Brasil para casos envolvendo infrações à ordem econômica. Em 2011, com o advento da Lei n.º 12.529/2011, o instituto da Leniência antitruste passou por alterações, que o consolidaram nos moldes atuais.

Em resumo, os artigos 86 da Lei n.º 12.529/2011 e 238 do Regimento Interno do Cade elencam os requisitos para a assinatura de um Acordo de Leniência no Brasil. Em seus termos, é necessário que: (i) a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; (ii) a empresa e/ou pessoa física cesse sua participação na infração noticiada ou sob investigação; (iii) no momento da propositura do acordo, a Superintendência-Geral do Cade não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa e/ou da pessoa física; (iv) a empresa e/ou pessoa física confesse sua participação no ilícito; (v) a empresa e/ou pessoa física coopere plena e permanentemente com a investigação e o Processo Administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitado, a todos os atos processuais, até a decisão final sobre a infração noticiada proferida pelo Cade; e (vi) da cooperação resulte a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

Apesar de ter sido implementado em 2000, a primeira habilitação para o Programa de Leniência antitruste brasileiro tardou a ocorrer: a habilitação se deu em 2003, no Processo Administrativo n.º 08012.001826/2003-10, referente a um caso de cartel em licitações de serviços de vigilância do Estado do Rio Grande do Sul. Em 2007, o Tribunal do Cade reconheceu o cumprimento total do acordo por parte dos signatários, fixando a extinção da punibilidade dos agentes que firmaram o acordo (BRASIL, 2007).

Como mencionado, a Leniência passou por algumas alterações relevantes desde sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro em 2000, que demonstram uma preocupação do legislador no sentido de buscar assegurar maior adesão e efetividade ao Programa de Leniência já existente.

À época de sua criação, a lei vedava a celebração de Acordo de Leniência com os “líderes” do conluio⁷ – proibição que foi derrubada pela Lei n.º 12.529/2011, ampliando a gama de agentes que poderiam firmar acordos com o Cade e demonstrando o interesse da autoridade brasileira em tornar seu Programa de Leniência cada vez mais atrativo para os infratores. Assim, a permissão da assinatura de Acordos de Leniência entre Cade e líderes de condutas de infração à ordem econômica é destacada pela doutrina como um fator relevante para a consolidação do Programa de Leniência brasileiro (COELHO; MAFRA, 2012, p. 8).

Outra alteração relevante trazida ao instituto da Leniência pela Lei n.º 12.529/2011 foi a possibilidade de aplicação de pena aos beneficiários que descumprirem o Acordo de Leniência, restando impedidos de celebrar novo acordo com o Cade pelo prazo de três anos.⁸ É evidente o objetivo da nova disposição no sentido de conferir ainda mais credibilidade ao Programa de Leniência, punindo os agentes que violarem seu acordo com o Cade.

Demonstrados os principais aspectos da Leniência brasileira, percebe-se que a Lei n.º 12.529/2011 ampliou as possibilidades de concessão dos benefícios e buscou conferir maior segurança

7 Art. 35-B, parágrafo primeiro, da Lei 8.884/94 (BRASIL, 1994).

8 Art. 86. § 12. Em caso de descumprimento do acordo de leniência, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento (BRASIL, 2011).



jurídica aos agentes proponentes de acordos. Conforme conclui Pereira Filho (2015, p. 100), a atual legislação é, em si mesma, a prova da importância do instituto para a defesa da concorrência no Brasil.

4. A DUALIDADE DE EFEITOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA POLÍTICA DE LENIÊNCIA

Ao buscar compreender os efeitos que um Programa de Leniência pode gerar no comportamento de um agente econômico, a doutrina destaca uma série de efeitos positivos e negativos que são gerados a partir da implementação da Leniência em um ordenamento jurídico.

Motta e Polo (2001, p. 2, 3) destacam que um programa de Leniência pode ter dois efeitos possíveis, sendo um positivo e um negativo. O positivo corresponderia à possibilidade de levar as empresas a desistir da colusão e a denúncia do cartel. Já o efeito negativo consistiria em permitir o pagamento reduzidos das multas, o que poderia levá-las a explorar formas de beneficiar dos seus efeitos.

Por sua vez, a Professora Paula Vaz Freire (2015, p. 194) menciona dois possíveis efeitos negativos da política de Leniência. Uma das hipóteses seria a criação de uma estratégia pelas empresas participantes em vários cartéis, segundo a qual cada uma delas avança, à vez, para a Leniência; sendo o outro aquele em que a Leniência é utilizada por um dos membros do cartel que, com o propósito de gerar uma maior concentração do mercado, denuncia uma das empresas concorrentes. Com o declínio econômico devido à multa a suportar, se torna um alvo frágil e, assim, mais fácil de se adquirir.

Além disso, a Professora Paula Vaz Freire (2015, p. 197) destaca que para os participantes de um cartel a Leniência torna mais difícil criar e manter a colusão. O incentivo à delação, a diminuição da confiança interna e o aumento de custos de vigilância reduz expressivamente o grau de estabilidade do cartel, tendo em vista a possibilidade de detecção e punição, na ausência de cooperação, e do benefício esperado da Leniência⁹.

Além de o Programa de Leniência ser uma ferramenta moldada para modificar o mecanismo de formação e de estabilidade dos cartéis, o fator “custo-benefício” também se apresenta como determinante para a adoção da Leniência por diversos países do mundo. A ferramenta da Leniência está desenhada de forma a facilitar o trabalho das agências antitruste (PINHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 139), garantindo a obtenção de evidências da conduta colusiva – cuja obtenção normalmente seria de extrema dificuldade – a baixos custos, visto que o principal requisito para um acordo é que a empresa reconheça a culpa e auxilie nas acusações dos demais membros do cartel (LORENZ, 2013, p. 426).

Considerando a natureza dual dos efeitos decorrentes da Leniência, o presente artigo se propõe a debater a efetividade dissuasória e os desafios a serem enfrentados, tanto no Brasil quanto na Europa, para que a Política de Leniência seja eficaz e obtenha os melhores resultados possíveis.

⁹ “Como ficou referido, para os eventuais participantes de um cartel a Leniência torna mais difícil criar e manter a colusão. A concertação entre concorrentes implica a definição de condutas no mercado e a correlativa distribuição de ganhos, assim como a existência de formas de monitorização de condutas desviantes e de desincentivo ao afastamento do acordo. Ora, a Leniência, ao aumentar o benefício de “fazer batota”, diminui a confiança interna e aumenta os custos de vigilância recíproca. Neste contexto, o grau de estabilidade do cartel passa a depender não apenas do nível ganhos ou lucros perspectivados, mas também da mais elevada probabilidade de detecção e punição, na ausência de cooperação, e do benefício esperado da Leniência” (FREIRE, 2015, p. 197).

5. EFICÁCIA, EFETIVIDADE, ANÁLISE DE CUSTO-BENEFÍCIO E OS ATORES ENVOLVIDOS - BASES TEÓRICAS

Com base na obra de Carolina Fernandez Blanco (2021, p. 7), este artigo apresenta a seguir as definições de “eficácia” e “efetividade” consideradas para a análise da Política de Leniência europeia e brasileira. Os seguintes usos para as palavras em questão serão adotados:

- a. Eficácia das políticas públicas: Uma norma (N) prescreve o estado de coisas ou ação (C1), os sujeitos normativos (S) sabem da existência de (N) e produzem (C1) (isso é chamado de eficácia como “conformidade”). Uma regra geral (N) é eficaz se e somente se a subclasse de assuntos normativos relevantes não infringe (N) na maioria dos casos (NAVARRO, 1990, p. 23). Em outras palavras, a eficácia é compatível com o não cumprimento esporádico (não cumprimento) da norma (NAVARRO, 1990, p. 23).
- b. Efetividade das políticas públicas: Em termos gerais (há exceções), uma política pública será efetiva quando o conglomerado de comportamentos sobre o qual a política é construída (ou seja, as ações que os regulamentos obrigam, proíbem ou autorizam) (C1, C2, C3, etc.) é realizada pelos sujeitos e leva aos resultados sociais ou econômicos imediatos e / ou mediatos que se esperam com a sua sanção (R1).¹⁰

Portanto, com referência à obra de Carolina Fernandez Blanco (2021, p. 7), para a análise das relações entre a eficácia das normas e a efetividade das políticas públicas, as relações possíveis serão divididas em duas seções que também coincidem com uma existência temporal sucessiva: na primeira seção, a da eficácia, o(s) estão localizadas as regras (N1, N2, N3) que prescreve condutas (C1, C2, C3) e conformidade (ou não conformidade) pelos sujeitos normativos desses comportamentos. Na segunda seção, em que será avaliada a efetividade, localiza-se a relação entre o cumprimento do comportamento (C1) e o alcance do objetivo social ou resultado almejado pela política pública (R1).

Além disso, o presente artigo também se apoiará na tentativa de uma análise de custo-benefício tendo em vista a proposta de Sustain (2014, p. 64) de explorar como certos problemas são tratados, em um esforço para lançar luz sobre o mundo real da análise de custo-benefício e se afastar do conceito de que as decisões centrais de políticas públicas devam ser tomadas com base em procedimentos operacionais padrão. A partir da crítica de Sustain (2014, p. 64) de que os *bias* para manter o *status quo* são bem conhecidos na economia comportamental e inquestionavelmente parte integrante da prática do governo na elaboração de políticas públicas, o presente artigo se propõe a analisar a política de Leniência da Comissão Europeia e do Brasil. De tal forma, a proposta do artigo é garantir o escrutínio interno e externo dessa política e contribuir para que ela se mantenha vinculativa apenas se suas bases forem efetivamente confirmadas.¹¹

10 Tradução livre para português de: FERNÁNDEZ BLANCO (2021).

11 “(...) explore how certain highly stylized problems are likely to be handled, in an effort to cast light on the real world of cost-benefit analysis. Inside the federal government, the central decisions are made by reference to authoritative documents and to standard operating procedures under the shadow of those documents—a kind of common law for cost-benefit analysis. (...) To be sure, this constraint can cause real problems, because it might ensure that decisions that are imperfect, or worse, remain entrenched for significant periods. A form of status quo bias—well known within behavioral economics—is unquestionably part and parcel of government practice. But the constraint is also an important safeguard. By ensuring both internal and external scrutiny of new initiatives, it increases the likelihood that they will become binding only if their foundations are genuinely secure.” (SUSTAIN, 2014, p. 64).



Finalmente, com base na obra de Sampaio (2014, p. 92, 93), o presente artigo busca identificar os impactos do Programa de Leniência nos: (i) *grupos-alvo*¹² para identificar de que forma o legislador ou a Administração consideram que medidas os grupos-alvo modificarão a sua conduta e, portanto, o problema coletivo que foi o motivo da execução da política poderá resolver-se ou melhorar, (ii) *destinatários finais*¹³, que englobam as pessoas físicas ou jurídicas que são diretamente afetadas pelo problema coletivo e por seus efeitos negativos, cuja situação econômica, social, etc. pode ser melhorada a partir da execução da política pública, e (iii) *grupos-terceiros*¹⁴, as pessoas físicas ou jurídicas que podem, sem que a política pública lhes esteja diretamente destinada, ter sua situação individual modificada, positiva ou negativamente, de forma mais ou menos permanente.

6. A ADOÇÃO DE PROGRAMAS DE LENIÊNCIA - BENEFÍCIOS

6.1. Comissão Europeia

Entre maio de 2004 e maio de 2014, a Comissão Europeia julgou 52 casos de cartel e há pedidos de Leniência em 94% desses casos. A porcentagem de decisões de cartel em que foi concedida imunidade total ao requerente de Leniência aumentou, conforme os números abaixo:

- 10% (1 em 10) no período 1996-2000;
- 61% (20 de 33) no período de 2001 a 2005;
- 81% (25 de 31) no período de 2006 a 2010; e
- 91% (21 de 23) no período de 2011 a 2015, sendo que penas duas decisões baseadas em investigações *ex officio*.

Historicamente, a Comissão Europeia depende fortemente deste mecanismo de detecção de cartéis e o aumento no número de acordos celebrados – e, concomitantemente, no valor das multas

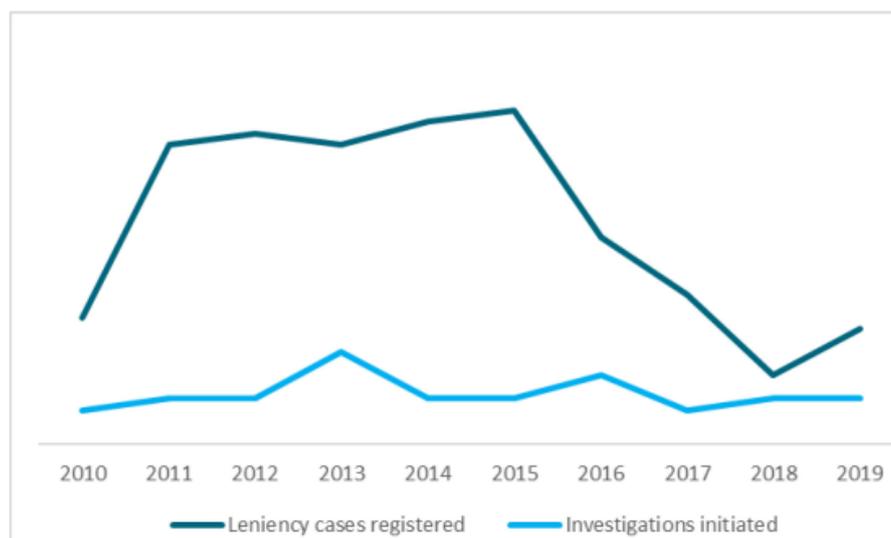
12 “Em primeiro lugar, temos os grupos-alvo que «são compostos por pessoas (físicas ou jurídicas) e organizações que agrupar tais pessoas, cuja conduta se considera politicamente como a causa directa (ou indirecta) do problema colectivo que a política pública intenta resolver». Em consequência, as suas decisões e acções /, «são, ou podem ser, o destino final de uma intervenção concreta por parte dos poderes públicos». A política pública respectiva «impõe-lhes obrigações ou confere-lhes direitos (por exemplo, licença para construir, limites de velocidade, etc.)». O legislador e/ou a Administração consideram que «através de tais medidas os grupos-alvo modificarão a sua conduta e, portanto, o problema colectivo que foi o motivo da execução da política poderá resolver-se ou melhorar».” (SAMPAIO, 2014, p. 92).

13 “Em segundo lugar, os destinatários finais englobam as pessoas (físicas ou jurídicas) e as organizações ou entidades que as compõem, que são afectadas directamente pelo problema colectivo, sofrendo os seus efeitos negativos. Estes actores esperam que da execução da política pública resulte uma (eventual) melhoria da sua condição económica, social, profissional, ambiental, etc. Logo, os destinatários finais são aqueles actores que podem beneficiar, mais ou menos e de acordo com os objectivos traçados, com a modificação da conduta dos grupos-alvo. Os indivíduos que compõem este grupo são normalmente mais numerosos e difíceis de mobilizar e organizar que os grupos-alvo, visto as consequências positivas que poderão derivar da política advirem apenas no futuro, e os seus potenciais. Se estão em causa políticas públicas, isto não implica um total afastamento de actores privados. Com efeito, estes actores também participam na constituição e estruturação do espaço das políticas públicas, ainda que sobre eles não possa recair um controlo governamental directo.” (SAMPAIO, 2014, p. 92).

14 “Por fim, os grupos terceiros abrangem o conjunto de pessoas (físicas ou jurídicas) e as organizações que representam os interesses dessas pessoas, que podem, sem que a política pública lhes esteja directamente destinada, ver a sua situação individual modificada, positiva ou negativamente, de forma mais ou menos permanente. Quando a modificação é positiva, as pessoas apresentam-se como beneficiários, muitas vezes involuntários, da execução da política pública; quando é negativa, são afectados. Estes dois subtipos de actores tenderão seja a apoiar ou a opor-se a política pública que modifique a sua situação, o que pode levá-los a formar coligações com os beneficiários finais (no caso dos beneficiários) ou com os grupos-alvo (no caso dos afectados). Não obstante tudo o que se afirmou, nem sempre é fácil definir as distintas categorias de actores. A definição acaba por depender muito da perspectiva que utilizemos.” (SAMPAIO, 2014, p. 93).

aplicadas – após a reforma promovida no programa de Leniência em 2006 (EUROPEAN COURT OF AUDITORS, 2020). Desde 2015, o número anual de casos de Leniência comunicados à Comissão diminuiu significativamente, mas o programa continua sendo o principal instrumento para investigação e aplicação de multa em casos de cartel. A redução observada para a política da Comissão Europeia se aplica também em nível mundial, conforme o relatório OECD Competition Trends de 2022 (OECD, 2022).

Figure 4 – Evolution of leniency cases 2010-2019



Fonte: European Court of Auditors (2020, p. 19).

Sem deixar de considerar esse recente declínio do número de acordos de leniência celebrados em nível mundial, há indícios de que a Política de Leniência da Comissão Europeia é eficaz em relação à conduta dos *grupos-alvo*, ainda que os dados acima não possam atestar a *efetividade* dessa política, que será discutida a frente. Além disso, a *eficácia* dessa política já é um elemento central para a análise de custo-benefício a ser empreendida, de forma a eventualmente moldar aspectos da política para atingir a efetividade desejada.

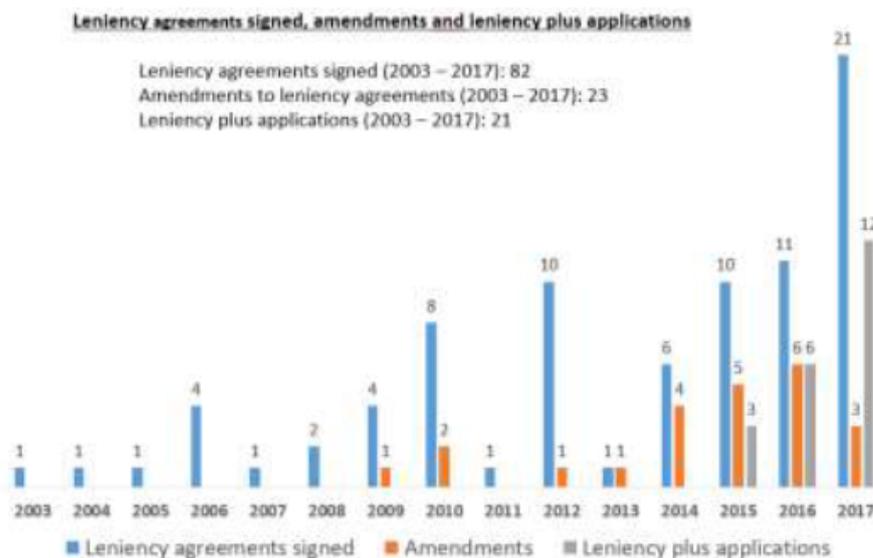
Passando a uma análise de custo-benefício, há evidências que sugerem que, entre uma série de características da política de concorrência, a aplicação eficaz de combate a cartéis é de longe o determinante mais importante do crescimento positivo da produtividade (BUCCIROSSI; CIARI; DUSO; SPAGNOLO; VITALE, 2013, p. 1324). Para as autoridades de concorrência em todo o mundo, as políticas de Leniência tornaram-se o principal instrumento de aplicação da lei da concorrência contra cartéis “*hard core*”. Otimizar o projeto e a administração de programas de Leniência é, portanto, um objetivo fundamental para as autoridades de concorrência e a sociedade em geral (seja para os *destinatários-finais* ou para os *grupos-terceiros*).

6.2. Brasil

Desde o início do Programa de Leniência no Brasil, em 2000, até o ano de 2017, 82 acordos já haviam sido firmados com o Cade. Destes, 64% estavam relacionados a cartéis nacionais, 18% referentes a cartéis internacionais com dinâmicas globais, e 18% referentes a cartéis com efeitos nacionais e internacionais (OECD, 2018, p. 2).



A Leniência antitruste no Brasil vem crescendo exponencialmente desde sua adoção. No ano de 2016, houve um aumento de 510% nos pedidos de *marker* em comparação com o ano anterior. Somente naquele ano, foram assinados 11 novos Acordos de Leniência e 6 Acordos de Leniência plus, em sua maioria relacionados à Operação Lava-Jato. O recorde foi rapidamente superado em 2017, ano em que o Cade celebrou 21 novos Acordos de Leniência em um único ano (OECD, 2019a, p. 60).



Fonte: OECD (2019a, p. 60)

Com relação ao valor das multas aplicadas em casos de cartel a partir da celebração de acordos com o Cade, o Peer Review da OCDE (2019a, p. 49) indica que, em 2017, o valor total arrecadado foi de R\$ 844.285.543 (oitocentos e quarenta e quatro milhões, duzentos e oitenta e cinco mil, quinhentos e quarenta e três reais).

Assim como relatado quando da análise da Política de Leniência da Comissão Europeia, notam-se indícios de que o Programa de Leniência antitruste brasileiro é eficaz em relação à conduta dos *grupos-alvo*. Não sendo diferente do que ocorre na Europa, a política de Leniência do Brasil oferece à autoridade um custo-benefício que rapidamente a tornou o principal instrumento de aplicação da lei da concorrência no combate aos cartéis, sendo de interesse do Cade que os programas de Leniência funcionem da melhor maneira possível, dado seu papel fundamental para a defesa da concorrência.

7. A ADOÇÃO DE PROGRAMAS DE LENIÊNCIA - POTENCIAL AUSÊNCIA DE EFETIVIDADE DISSUASÓRIA

Conforme explorado em *paper* da OCDE de autoria de Marvão (2018, p. 2), ainda que haja evidências teóricas do forte potencial de programas de Leniência bem elaborados e administrados para contribuir com o bem-estar social, há sério risco de que programas de Leniência mal implementados possam ter o efeito oposto. Um programa de Leniência excessivamente generoso oferecendo reduções de multas a várias firmas pode fazer uma autoridade de concorrência parecer muito bem-sucedida em termos de número de firmas condenadas (ou eficácia em relação aos *grupos-alvo*), enquanto reduz o bem-estar social ao diminuir a dissuasão de cartéis e aumentar a

quantidade de custos de acusação, porque há mais cartéis processados. Ou seja, haveria assim uma ausência de *efetividade* da política pública para os *destinatários* finais.

Neste sentido, ainda que sejam um bom parâmetro de eficácia em relação aos grupos-alvo, os dados sobre o número de acordos firmados, de cartéis descobertos e de multas aplicadas não representam, por si, indicadores confiáveis da efetividade do instituto da Leniência no combate aos cartéis. Além disso, esses dados não representam, por si, indicadores confiáveis da efetividade em relação ao repasse de benefícios aos destinatários finais, prejudicados diretamente pelos cartéis (como consumidores de um produto com sobrepreço), ou para os *grupos-terceiros*, que podem aproveitar de um benefício geral de aumento de produtividade e concorrência na economia.

Para uma devida análise de custo-benefício, este artigo faz referência a uma avaliação empírica dos programas de Leniência implementados para entender se eles estão sendo administrados de uma forma que possa aumentar o bem-estar social - isto é, reduzindo a formação de cartéis (MARVÃO, 2018, p. 2). Infelizmente, conforme destacado no referido *paper* da OCDE, existem apenas alguns estudos que testam empiricamente a eficácia dos programas de Leniência como ferramentas para aprimorar a detecção, a acusação e a dissuasão da conduta de cartéis. Como resultado, várias perguntas permanecem sem resposta (MARVÃO, 2018, p. 2).

O mencionado *paper* propõe ainda três questões para essa análise: (i) se os programas de Leniência, como implementados atualmente, podem impedir a formação de cartéis, com destaque para o fato de que avaliar os efeitos de dissuasão dos programas de Leniência é um desafio, pois os cartéis não são facilmente observáveis na sociedade, a menos que sejam condenados; (ii) uma segunda questão importante é se os membros do cartel podem usar programas de Leniência em seu próprio benefício; e (iii) em terceiro lugar, é importante compreender a relação entre a aplicação da lei antitruste privada (*private enforcement*) e pública.

7.1. União Europeia

Se a resposta a estas perguntas, na União Europeia, for: não há sinais claros de dissuasão; as empresas podem ser capazes de “jogar o jogo da Leniência”; e a atual legislação sobre danos privado torna a Leniência altamente atraente, mas as ações de danos privados muito difíceis, então, o *paper* da OCDE propõe que esses elementos poderiam indicar a necessidade de se considerar algumas medidas alternativas ou complementares, de forma a eventualmente moldar aspectos da política para atingir a efetividade desejada.

Em relação à primeira questão, de se os programas de Leniência, conforme implementados atualmente, podem impedir a formação de cartéis, o *paper* aponta que embora não se possa observar se a Leniência está aumentando a dissuasão, percebe-se claramente que há uma tendência de aumento na proporção de membros do cartel que recebem algum grau de redução da Leniência (MARVÃO, 2018, p. 3). Nos cartéis da União Europeia em que foram aplicadas multas entre 1998 e outubro de 2014, as reduções de Leniência foram concedidas a 52% de todos os membros do cartel condenados (MARVÃO, 2018, p. 9).

A proporção de membros do cartel que recebem uma redução de Leniência varia de médias de 14% em 1999, até 82% em 2013. Além disso, o valor da redução de Leniência concedida varia entre médias de 23% em 1998, até 61% em 2012. Esse fenômeno da “inflação da Leniência”, que é um índice



de eficácia da política pública, parece ser uma tentativa de resolver um problema - baixa dissuasão de cartéis e muitos casos de cartel para serem processados pelas autoridades de concorrência - que pode estar sendo agravado, em vez de resolvido, pelo uso excessivo da Leniência. Haveria, assim, um indício de baixa efetividade da política.

Em uma análise de custo-benefício, há que se mencionar também em termos de custos os investimentos públicos que são feitos nos trabalhosos processos de investigação de cartel e à redução das multas aplicadas, criando o efeito de distorção das multas não dissuasivas.

Sobre a segunda questão, de se as empresas membras do cartel podem usar os programas de Leniência em seu próprio benefício, das 510 empresas membras do cartel da amostra, no contexto de 117 cartéis havia 89 infratores múltiplos (uma empresa sancionada por conluio mais de uma vez),¹⁵ e algumas evidências de que as empresas podem aprender a jogar o jogo da Leniência na União Europeia, seja aprendendo a trapacear ou a denunciar, já que as reduções concedidas a infratores reincidentes (e múltiplos) são substancialmente maiores.

A interação entre todos os infratores múltiplos (descobertos) da União Europeia, que frequentemente entram em conluio com alguns de seus parceiros anteriores do cartel, em diferentes mercados sugere que as empresas podem usar a Leniência para sustentar o conluio multimercado e coordenar os pedidos de Leniência.

O *paper* destaca ainda duas notas menos negativas, no sentido de que por desenvolvimento de política interna da empresa é mais provável que infratores reincidentes sejam os solicitantes da imunidade, considerando as atividades de *compliance*¹⁶ e outras, de modo que alguns desses casos podem vir do desejo da empresa de erradicar e/ou prevenir comportamento conluio, relatando vários cartéis e cooperando com as investigações.

Uma segunda nota digna de destaque é a localização geográfica das empresas infratoras e o fato de que a cultura local pode determinar a participação no cartel em alguns casos. No Japão, grandes grupos empresariais (conhecidos como *keiretsu*) tradicionalmente se organizavam como cartéis de empresas com interesses entrelaçados e com apoio governamental, sendo que 22% dos vários infratores na UE são empresas japonesas.

Finalmente, em relação à interlocução entre a fiscalização antitruste privada (*private enforcement*) e pública, a Diretiva da União Europeia de 2014 (DIRETIVA, 2014) sobre ações por danos por um lado, limita a responsabilidade do destinatário da imunidade (o primeiro requerente de Leniência) e, por outro, limita as informações que estão disponíveis para os requerentes de reparação de danos ao restringir o acesso aos pedidos de programa de Leniência. Os dois elementos (menor responsabilidade do destinatário da imunidade e restrição da informação disponível) têm efeitos na dissuasão e na capacidade por via legal das vítimas de serem totalmente indenizadas.

Como resultado, a decisão final sobre reparação de danos pode ser insuficiente em termos de informações, tornando a Leniência e os acordos altamente atraentes, mas as ações privadas de reparação de danos muito difíceis.

¹⁵ Veja, neste sentido, o Appendix (p. 9) de MARVÃO (2018).

¹⁶ Sobre as relações entre compliance antitruste e programas de Leniência, dissertam Athayde e Frazão: "Para alguns, a descoberta de um ilícito leva a busca pela negociação de um acordo de leniência e, em seguida, conduz à instituição de um programa de compliance empresarial. Por outros, o programa de compliance existente é que levaria à descoberta das infrações e, conseqüentemente, a um acordo de leniência. Trata-se portanto de uma discussão sobre causa e consequência. A leniência é causa ou consequência de um programa de compliance?" (ATHAYDE; FRAZÃO, 2018, p. 297).

7.2. Brasil

A geração de efeitos contraproducentes e ambíguos a partir do mecanismo da Leniência também é alvo de debates na literatura nacional (VASCONCELOS; RAMOS, 2007, p. 20). Quando considerado o Programa de Leniência antitruste brasileiro, nota-se que vários dos desafios para a efetividade dissuasória são semelhantes aos desafios enfrentados pelo programa europeu.

O presente artigo, contudo, não identificou dados empíricos ou análises qualitativas que categoricamente tenham dissecado os efeitos dissuasórios do Programa de Leniência do Cade como os trabalhos elaborados por Marvão (2018) para a OCDE e em outras oportunidades.

O primeiro apontamento do presente artigo se dá, portanto, no sentido de destacar a conveniência de que o Cade, por meio do Departamento de Estudos Econômicos, a quem incumbe “[...] *elaborar estudos e pareceres econômicos [...] zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão*”¹⁷ ou por qualquer outro meio desenvolva material técnico sobre os efeitos dissuasórios de seu Programa de Leniência. Da mesma forma, estudos acadêmicos ou procedimentos de *peer review* (como os da OCDE) podem ter esse tema como importante pesquisa para análise do efeito da Leniência no Brasil.

Ainda que não necessariamente relacionado à análise dos efeitos de desincentivo a condutas colusivas do Programa de Leniência do Cade em relação à formação de cartéis no Brasil, o presente artigo buscará traçar outros apontamentos em relação a esse programa.

Como já mencionado em relação ao programa da Comissão Europeia, é possível mencionar, inicialmente, que ao permitir o pagamento reduzidos das multas, o Acordo de Leniência pode gerar um incentivo perverso aos agentes econômicos, que podem explorar formas de se beneficiar dos seus efeitos. Motta e Polo concluem que, ao reduzir a expectativa das multas, os programas de Leniência podem induzir a um comportamento pró-cartel (MOTTA; POLO, 2003, p. 349).

Além disso, a legislação brasileira não afasta a possibilidade de que a empresa signatária da Leniência seja responsabilizada na esfera civil pelos danos gerados aos consumidores: uma empresa que tenha comprovadamente participado de um cartel pode ser alvo de processos por parte de diversos agentes civis, como indivíduos, municípios, governo, entre outros (PINHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 147). Assim, a publicidade do Acordo de Leniência possui um papel fundamental para o *private enforcement*.

A Resolução Cade de nº 21, de 11 de setembro de 2018, disciplina os procedimentos de articulação entre persecução pública e privada às infrações contra a ordem econômica no Brasil e regulamenta os procedimentos de acesso aos documentos e às informações constantes dos Processos Administrativos para Imposição de Sanções Administrativas por Infrações à Ordem Econômica, inclusive os oriundos de Acordo de Leniência, de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) e de ações judiciais de busca e apreensão, além de fomentar as Ações Civis de Reparação por Danos Concorrenciais (ACRDC). A resolução determina, em seu artigo 1º, que são públicos os documentos e informações constantes dos Processos Administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, inclusive os oriundos de Acordo de Leniência,

17 Lei n.º 12.529/2011: “Art. 17. O Cade terá um Departamento de Estudos Econômicos, dirigido por um Economista-Chefe, a quem incumbirá elaborar estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão.” (BRASIL, 2011).



Termos de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC) e de ações judiciais de busca e apreensão.

A exceção à regra de publicidade é regulada logo em seguida, pelo artigo 2º, que apresenta o rol de documentos que não serão divulgados publicamente mesmo após a decisão final pelo Plenário do Tribunal do Cade. Dentre os documentos que não estão sujeitos à publicidade, destaca-se o Histórico da Conduta do Acordo de Leniência e os documentos que embasam as declarações dadas pelo signatário do acordo. No artigo 3º, por sua vez, é disposto que mesmo os documentos que não estão sujeitos à regra da publicidade poderão ter seu acesso liberado excepcionalmente se houver (i) expressa determinação legal; (ii) decisão judicial específica; (iii) autorização do signatário do Acordo de Leniência ou do compromissário do TCC, com a anuência do Cade, desde que não haja prejuízo à investigação; ou (iv) cooperação jurídica internacional¹⁸, prevista nos artigos 26 e 27 do Código de Processo Civil, mediante autorização do Cade e autorização do signatário do Acordo de Leniência ou do compromissário do TCC, desde que não haja prejuízo à investigação.

Dessa forma, conforme apontado na publicação da OCDE sobre cartéis em licitações no Brasil (OECD, 2021, p. 103), há “[...] *uma preocupação de que o aumento da exposição de potenciais candidatos à Leniência à responsabilidade civil reduziria os incentivos para se apresentar e apresentar pedido de Leniência*”. Assim, havendo divulgação de documentos sensíveis produzidos em sede de Acordos de Leniência, o signatário estará mais vulnerável a pedidos de reparação de danos concorrenciais do que os integrantes do cartel que não firmaram Acordo de Leniência com a autoridade, o que desestimularia a assinatura de acordos por expor a empresa signatária e sua atividade criminal.

A própria OECD (2021, p. 103) entende que o “[...] *Brasil deve considerar a adoção de uma regra com status de lei que aumente a segurança jurídica sobre a proteção das declarações e documentos provenientes de leniência e documentos sujeitos às regras de transparência do art. 5º, inciso LX, da Constituição*”, a exemplo da abordagem que estabelece a Diretiva da União Europeia de 2014 (DIRETIVA, 2014) sobre a divulgação de documentos oriundos de Acordos de Leniência para pedidos de reparação de danos.

Na Europa, segundo Barbosa e Gutinieki (2021, p. 185), consolidou-se a necessidade de concessão de acesso à documentação de processos relativos às infrações concorrenciais, desde que atendidos o princípio da proporcionalidade, o sigilo profissional e a garantia prévia do contraditório. Para viabilização do acesso aos documentos sigilosos na Europa, as autoridades diferenciam elementos de prova que podem ou não ser disponibilizados após a decisão administrativa: a doutrina faz a distinção entre elementos de prova “cinzentos”, que podem ser eventualmente divulgados apenas após a decisão administrativa do processo na Comissão Europeia, e elementos de prova “negros”, aos quais os terceiros interessados na propositura de ação de reparação por danos concorrenciais não podem ter acesso em momento algum, nem mesmo após o encerramento da fase administrativa (ROSSI; FERRO, 2015, p. 183). Sobre o tema, Barbosa e Gutinieki (2021, p. 185) concluem que a baliza para a divulgação de documentos oriundos da Leniência, tanto no Brasil quanto na Europa, deve ser, portanto, o princípio da efetividade, buscando evitar que haja impedimento ou excessiva dificuldade para a reparação dos danos sofridos pelos lesados, em face da infração concorrencial. É o que versa o Artigo 4º da Diretiva europeia:

Artigo 4º. Princípios da efetividade e da equivalência. Em conformidade com

18 A cooperação jurídica internacional é prevista pelo ordenamento jurídico brasileiro nos artigos 26 e 27 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

o princípio da efetividade, os Estados-Membros asseguram que todas as regras e os processos nacionais respeitantes à apresentação dos pedidos de indemnização sejam concebidos e aplicados de modo a não tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito, garantido pelo direito da União, à reparação integral dos danos causados por infração ao direito da concorrência [...] (DIRETIVA, 2014).

Por fim, cabe destacar a necessidade de aprimoramento do padrão probatório utilizado pela autoridade para celebração de Acordos de Leniência e condenação de indivíduos e empresas a partir das declarações dos beneficiários. O próprio Cade reconheceu, em seu novo “Guia de Recomendações Probatórias para Proposta de Acordo de Leniência com o Cade”, que há uma necessidade de se buscar aumentar o grau de certeza de seus juízos preditivos quando avalia as possibilidades de condenação em um caso objeto de proposta de Acordo de Leniência, sendo que uma forma de alcançar este objetivo seria fazer mais explícitos os critérios probatórios que permeiam as instaurações de processos e condenações pelo Tribunal (BRASIL, 2021, p. 7).

Ainda, o tema do padrão probatório para Acordos de Leniência já foi alvo de debate entre os conselheiros do Cade em sessões ordinárias de julgamento. Na 174ª sessão ordinária de julgamento, ocorrida em 31 de março de 2021, o Inquérito Administrativo n.º 08700.003246/2017-12 foi levado ao plenário. A investigação foi instaurada *ex officio* pelo Cade contra empresa não divulgada e estava sob relatoria do conselheiro Sérgio Ravagnani. Nesse caso, a Superintendência Geral do Cade recomendou o arquivamento das investigações, em decorrência da ausência de provas para instauração de processo. Ou seja, mesmo com a delação das infrações por parte da empresa signatária, não foi possível obter um conjunto probatório robusto o suficiente sequer para justificar uma instauração de processo administrativo para apurar a suposta infração.

Conforme indicado pelo representante da procuradoria especializada junto ao Cade (ProCade), que pediu a palavra durante a sessão de julgamento, a Leniência representa uma obrigação de meio assumido pelo signatário na busca pelo resultado útil do processo — não se trata de um compromisso com a condenação, mas um compromisso com a demonstração fática do que ocorreu. E, no caso em tela, os documentos juntados pela signatária não respaldam o conteúdo das acusações.

O apontamento acima evidencia a necessidade de utilização adequada da Leniência, valorizando a robustez de um conjunto probatório que sustente as declarações dos beneficiários. Em caso contrário, pode haver um efeito de insegurança jurídica e ameaçar a credibilidade do Programa de Leniência antitruste brasileiro conquistada ao longo de mais de 20 anos.

Todos esses desafios demonstram que, apesar de já consolidado como principal instrumento de combate a cartéis no Brasil, o Programa de Leniência ainda tem margem para melhorias, especialmente para aumentar sua efetividade dissuasória perante os agentes econômicos.

8. CONCLUSÃO

Para contribuir para uma análise de custo-benefício, o artigo sugere elementos de que a aplicação eficaz de combate a cartéis é o determinante mais importante do crescimento da produtividade e de que as políticas de Leniência tornaram-se o principal instrumento de aplicação da lei da concorrência contra cartéis “*hard core*”, conforme dados da União Europeia e do Brasil.



Neste contexto, o artigo indica que a otimização de programas de Leniência é fundamental para que a política pública seja efetiva em relação ao seu propósito, em benefício da sociedade em geral (seja para os *destinatários-finais* ou para os *grupos-terceiros*).

Apesar das dúvidas sobre a conformação ótima dos regimes de Leniência, fato é que eles constituem um instrumento essencial de aplicação ou cumprimento da lei, havendo autores que concluem por isso que a Leniência está associada necessariamente a ganhos líquidos de bem-estar, uma vez que a sociedade – consumidores e empresas – se beneficia, em geral, com a existência de menos cartéis (FREIRE, 2015, p. 202).

O artigo propôs alguns elementos para essa análise de custo-benefício, com base em dados empíricos e qualitativos disponíveis. Os dados indicados neste artigo sobre os *grupos-alvo* em relação ao número de acordos firmados, de cartéis identificados e de multas aplicadas¹⁹ revela o nível de *eficácia* da política de Leniência em relação ao *grupos-alvo*, mas não são por si indicativos evidentes da efetividade do instituto da Leniência no combate aos cartéis e no repasse de benefícios aos *destinatários finais*, prejudicados diretamente pelos cartéis (como consumidores de um produto com sobrepreço), ou para os *grupos-terceiros*, que podem se beneficiar de aumento de produtividade e concorrência na economia.

O *paper* da OCDE (MARVÃO, 2018) evidencia ainda que os cartéis continuam a se formar, com repetições pelas mesmas empresas e estas as empresas parecem ser capazes de tirar proveito do Programa de Leniência da União Europeia, o que reduz a existência de sinais claros de dissuasão e efetividade.

Com relação ao Brasil, o presente artigo não identificou dados empíricos ou análises qualitativas sobre os efeitos dissuasórios do Programa de Leniência do Cade e destacou a conveniência de desenvolvimento material técnico sobre os efeitos dissuasórios desse instituto. Ainda que não necessariamente relacionado à análise dos efeitos dissuasórios do Programa de Leniência do Cade em relação à formação de cartéis no Brasil, o presente artigo buscou traçar outros apontamentos críticos em relação a esse programa. Neste sentido, o artigo destacou alguns elementos para a análise de custo-benefício e de efetividade do Programa de Leniência, apontando a elevada *eficácia* da política, sem descartar, no entanto, os desafios que ainda precisam ser enfrentados pela autoridade nacional para aprimorar ainda mais sua principal ferramenta de combate a cartéis.

Os Programas de Leniência antitruste da Comissão Europeia e do Cade têm potencial para serem mecanismos de dissuasão ainda mais poderosos, mas isso exigirá enfrentar os desafios discutidos para cada uma das jurisdições. Um programa de Leniência excessivamente generoso pode fazer uma autoridade de concorrência parecer eficaz em relação aos *grupos-alvo*, enquanto reduz ou inaltera a *efetividade* da política pública para os *destinatários finais*, sendo necessário destacar que a Leniência deve coexistir com sanções elevadas a fim de aumentar o risco da colusão, gerando incentivos à denúncia.

19 Para informações completas sobre o valor de multas aplicadas em acordos com o Cade e em condenações, ver p. 49 do OECD (2019).

9. BIBLIOGRAFIA

ATHAYDE, Amanda.; FRAZÃO, Ana. Leniência, Compliance e o Paradoxo do Ovo ou da Galinha: do compliance como instrumento de autorregulação empresarial. *In: Compliance: Perspectivas e Desafios para os Programas de Conformidade*. CUÊVA, Ricardo Vilasboas; FRAZÃO, Ana (org.). Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARBOSA, Allan Fuezi; GUTINIEKI, João Otávio Bacchi. Acesso a documentos de acordos de leniência antitruste para fins de private enforcement no Brasil e na União Europeia. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 173-190, jun. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Recomendações probatórias para propostas de acordo de leniência com o Cade**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3UCWrjr>. Acesso em: 17 fev. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo n.º 08012.001826/2003-10**. Brasília, 4 out. 2007.

BRASIL. **Lei nº 8.884, 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. Brasília: Presidência da República, 1994.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2015.

Buccirossi, Paolo; Ciari, Lorenzo; Duso, Tomaso; Spagnolo, Giancarlo; Vitale, Cristiana. Competition policy and productivity growth: An empirical assessment. **Review of Economics and Statistics, Cambridge**, v. 95, n. 4, 2013.

Coelho, Gustavo Flausino; Mafra, Ricardo. O acordo de leniência na nova lei de defesa da concorrência. **Revista do IBRAC**, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 6-9, 2012. Disponível em: <https://bit.ly/3Gl2oxa>. Acesso em: 17 fev. 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. **Compreender as políticas da União Europeia: Concorrência**. Bruxelas: Comissão Europeia, 2016.

COMISSÃO EUROPEIA. **Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros competências para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno**. Bruxelas: Comissão Europeia, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3EFhCf9>. Acesso em: 17 fev. 2022.

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis. **Jornal Oficial da União Europeia**, Bruxelas, C 298, 2006. Disponível em: <https://bit.ly/3OfXrro>. Acesso em: 17 fev. 2022.

DIRETIVA 2014/104/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 26 de novembro de 2014 relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia. **Jornal Oficial da União Europeia**, Bruxelas, L 349, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3OfXrro>.



ly/3tAzmSH. Acesso em: 17 fev. 2022

EUROPEAN COURT OF AUDITORS. **The Commission's EU merger control and antitrust proceedings: a need to scale up market oversight.** Luxemburgo: European Court of Auditors, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3hOXILk>. Acesso em: 17 fev. 2022.

Fernández Blanco, Carolina. Una mirada jurídica sobre la efectividad de las políticas públicas. **Diritto & Questioni Pubbliche**, Palermo, v. 21, n. 2, 2021.

Freire, Paula Vaz. Análise Económica dos Programas de Clemência no Direito da Concorrência. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, Lisboa, ano 1, n. 1, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3OdGzBr>. Acesso em: 17 fev. 2022

Forgioni, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Harrington, Joseph E.; Chang, Myong-Hun. Modeling the Birth and Death of Cartels with An Application to Evaluating Competition Policy. **Journal of European Economic Association**, v. 7, n. 6, p. 1400-1435, 2009.

LORENZ, Moritz. **An Introduction to EU Competition Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

Marvão, Catarina. **Challenges and co-ordination of leniency programmes: Leniency Inflation, Strategic use of leniency and Private damage claims.** Paris: OECD, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3An8WHG>. Acesso em: 17 fev. 2022.

Motta, Massimo; Polo, Michele. Leniency Programs and Cartel Prosecution, **International Journal of Industrial Organization**, fev. 2001. Disponível em: <https://bit.ly/3tDryiU>. Acesso em: 17 fev. 2022

Navarro, Pablo Eugenio. **La eficacia del Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1990.

ORGANISATION FOR ECONOMIC AND CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Combate a cartéis em licitações no Brasil: Uma revisão das Compras Públicas Federais.** Paris: OECD, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3UOb4ka>. Acesso em: 17 fev. 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC AND CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **OECD Competition Trends 2022**. Paris: OECD, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3rV0U4u>. Acesso em: 17 fev. 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC AND CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil.** Paris: OECD, 2019a. Disponível em: <https://bit.ly/3rp7xfc>. Acesso em: 17 fev. 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC AND CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Review of the Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels [OECD/LEGAL/0294]**. Paris: OECD, 2019b. Disponível em: <https://bit.ly/3EFuyBR>. Acesso em: 17 fev. 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC AND CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Roundtable on challenges and co-ordination of leniency programme: Note by Brazil.** Paris: OCED, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3tEjzCi>. Acesso em: 17 fev. 2022.

Pereira Filho, Venício Branquinho. Programa de leniência no direito concorrencial brasileiro: uma análise de seus escopos e desafios. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 3, n. 2, p. 87-113, 2015.

Pinha, Lucas Campio; Braga, Marcelo José; Oliveira, Glauco Avelino Sampaio. A efetividade dos programas de leniência e o contexto brasileiro. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 4, n. 1, p. 133-152, 2016.

Rodas, João Grandino. **Acordos de Leniência em direito concorrencial**: práticas e recomendações. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 96, n. 862.

ROSSI, Leonor; FERRO, Miguel Sousa. O “private enforcement” do direito da concorrência e o acesso a elementos de prova. **Revista de Concorrência e Regulação**, Lisboa, n. 2, p. 131-193, 2015.

SAMPAIO, Jorge Silva. **O controle jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

Spagnolo, Giancarlo. Leniency and Whistleblowers In Antitrust. *In*: Buccirosi, Paolo (ed.). **Handbook of Antitrust Economics**. Cambridge: MIT Press, 2008. p. 259-304.

Sustein, Cass. **Valuing Life**: Humanizing the Regulatory State. Chicago: The University of Chicago Press, 2014.

Vasconcelos, Silvinha Pinto; Ramos, Francisco de Sousa. **Análise da Efetividade do Programa de Leniência Brasileiro no Combate aos Cartéis**. 2007. Dissertação (Mestrado em Economia Aplicada) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2007. Disponível em: <https://bit.ly/3tBehYb>. Acesso em: 17 fev. 2022.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

BARBOSA, Vitor Jardim Machado; BONO, Luisa Marcelino. Avaliação de Impacto de Política de defesa da concorrência: Programa de Leniência da Comissão Europeia (DG-COMP) e do Cade. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 117-136, 2022.

