

# AVALIANDO A EFICÁCIA DA POLÍTICA BRASILEIRA DE COMBATE AOS CARTÉIS: DISSUAÇÃO OU PROMOÇÃO?<sup>1</sup>

Assessing the effectiveness of Brazilian anti-cartel policy: deterrence or promotion?

Lucia Helena Salgado<sup>2</sup>

Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ/RJ) - Rio de Janeiro/RJ, Brasil

## RESUMO ESTRUTURADO

**Contextualização:** A legislação antitruste, como toda instituição, requer aperfeiçoamentos de tempos em tempos conforme acumula-se a experiência de sua aplicação, pontos fortes e fracos tornam-se evidentes. No Brasil a legislação passou por diversas reformas sendo a última a que levou à promulgação da Lei nº 12.529/2011. Desde o início da aplicação da lei anterior (Lei nº 8.884/1994), percebia-se a necessidade de melhores instrumentos para o combate aos cartéis. Em 2000 dois instrumentos foram acrescentados à lei: busca e apreensão e acordos de leniência. A lei em vigor altera condições para a adoção desse segundo instrumento.

**Objetivo:** O ponto que se procura explorar são as consequências não antecipadas da prioridade concedida ao programa de combate aos cartéis em detrimento de uma política mais atenta e severa, tanto preventiva como repressiva, ao abuso de posição dominante. Procura-se examinar à luz da teoria econômica em organização industrial mais recente, os efeitos de mudanças legais que ampliaram a possibilidade de recurso ao instrumento dos acordos de leniência para a organização manutenção ou desmantelamento dos cartéis.

**Metodologia:** Elaborar-se uma análise econômica do direito, a partir da compreensão das características da política de combate aos cartéis e do levantamento empírico dos casos em que houve condenação e uso dos instrumentos de acordos de leniência e colaboração. A análise da lógica econômica da colusão tal como esmiuçada pela moderna teoria da organização industrial é o pano de fundo para a verificação dos efeitos da aplicação da lei antitruste como incentivo para a dissuasão de decisões de formação e manutenção de cartéis.

**Resultados:** O exame de acordos de leniência e TCC celebrados revela a recorrência do padrão em

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

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

1 **Recebido em:** 04/05/2022 **Aceito em:** 30/05/2022 **Publicado em:** 09/06/2022

2 Professora Titular de Ciências Econômicas na UERJ, doutora em Economia (IE-UFRJ) e mestre em Ciência Política (IUPERJ), Foi Coordenadora de Estudos de Regulação e Mercados da Diretoria de Estudos e Políticas de Estado, Instituições e Democracia do IPEA de 2008 a 2013 e Conselheira do Cade no período de 1996 a 2000. **E-mail:** [lucia.salgado@uerj.br](mailto:lucia.salgado@uerj.br). **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/9168928110124712>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-6538-2626>.

que há um núcleo duro de empresas dominantes no mercado e uma franja de empresas menores potencialmente à mercê de práticas de coerção e retaliação por parte das firmas dominantes. A oportunidade de leniência total ou parcial fortalece o monitoramento com ameaça de retaliação e gera incentivos adicionais para manutenção das práticas colusivas.

**Conclusão:** A condução da política antitruste de combate aos cartéis no Brasil merece revisão para que o resultado de sucessivos acordos de leniência celebrados com firmas líderes – na coordenação de cartéis e no mercado – não venha a redundar em menor concorrência, estimulando a organização e perpetuação de cartéis. A análise econômica revela que o cálculo custo-benefício atual induz firmas líderes a denunciar cartéis maduros em troca de imunidade total ou parcial. As empresas menores, colhidas na investigação disparada por sua denúncia, fragilizam-se financeiramente ou mesmo têm sua sobrevivência inviabilizada. A(s) firma(s) dominante(s), ao obterem imunidade antitruste aumentam de seu poder de mercado e enfraquecem a franja de firmas que tornava mais custosa e instável a manutenção da colusão.

**Palavras-chave:** direito e economia da concorrência; política de dissuasão de cartéis; combate a cartéis; análise econômica do direito; economia da colusão; acordo de leniência; estrutura de mercado; incentivos; estratégias concorrenciais; vantagem auferida; proporcionalidade.

## STRUCTURED ABSTRACT

**Contextualization:** Antitrust legislation, like any institution, requires improvements from time to time; as experience accumulates, strengths and weaknesses become evident. In Brazil, the legislation was reformed several times, the last one being the enactment of 12,529/2011 Act. Since the promulgation of the former act (8.884/1994 Act), it was clear the need for better instruments to combat cartels. In 2000, two instruments were included in the legislation: search and seizure actions and leniency agreements. The current legislation has changed conditions for the adoption of this second instrument.

**Goal:** The point to be explored is the unanticipated consequences of prioritizing the anti-cartel program instead of a more attentive and severe policy, both preventive and repressive, against the abuse of a dominant position. The analysis is based on the most recent industrial organization theory, so as to reveal the effects of a wider use of leniency agreements over the organization, maintenance or dismantling cartels.

**Methodology:** We present an economic analysis of the law based on the review of the anti-cartel policy and an empirical survey of condemnation and leniency and collaboration agreements. The economic logic of collusion as detailed by the modern theory of industrial organization is the background for verifying the effects of antitrust law enforcement as an incentive to deter decisions to form and maintain cartels.

**Results:** The analysis of leniency and cooperation agreements reveals the prevalence of a pattern of a hard core of dominant firms in the market and a fringe of smaller firms potentially subjected practices of coercion and retaliation by the dominant ones. The possibility of recurring to leniency enhances the ability of dominant firms for monitoring and threatening retaliation, generating additional incentives to maintain collusive practices.

**Conclusion:** The enforcement of the anti-cartel policy in Brazil deserves review, so that the result



of successive leniency agreements signed by leading firms does not result in less competition, stimulating the organization and perpetuation of cartels. Economic analysis reveals that the current cost-benefit calculation induces leading firms to act as whistle-blowers in exchange for full or partial immunity. The small firms, caught in the investigation triggered by the whistle-blowers, may even be forced out the market, as their financial survival is challenged. The dominant firms, by obtaining antitrust immunity, increase their market power and weaken the fringe of firms that once were an obstacle to maintain the profits of collusion.

**Keywords:** competition law and economics; cartel deterrence policy; fighting cartels; economic analysis of law; collusion economics; leniency agreement; market structure; incentives; competitive strategies; proportionality.

**Classificação JEL:** K21

**Sumário:** *Introdução; 1. Objetivo da política de concorrência em sua vertente de combate aos cárteis; 2. Breve comentário sobre a análise econômica do direito da concorrência; 3. A experiência brasileira recente no combate aos cárteis; 3.1 O evento divisor de águas : os institutos do acordo de leniência e da busca e apreensão; 3.2 As alterações introduzidas pela lei nº 12.529/2011; 4. A análise econômica do direito aplicada à experiência brasileira; 4.1 Desalinhamento de incentivos e acordos de leniência (e cooperados); 4.2 Acordos de leniência como segunda melhor solução possível (2nd best); 5. Efeitos da ampliação do uso do instrumento de leniência no Brasil; 5.1. Desalinhamento de incentivos e acordos de leniência (e cooperação); 6. Conclusão; Referências Bibliográficas.*

## **INTRODUÇÃO: A LEI 12.529/2011 E A POLÍTICA DE PERSECUÇÃO DE CARTÉIS**

A legislação antitruste, como qualquer instituição formal criada para estabelecer as regras do jogo em economias de mercado, demanda aperfeiçoamentos de tempos em tempos. Conforme acumula-se a experiência de sua aplicação, pontos fortes e fracos tornam-se evidentes e o contexto em que operam sofre transformações - sejam tecnológicas, sociais ou econômicas.

A legislação brasileira não é exceção, tendo já passado por várias reformas, sendo a última a que completa agora dez anos de vigência: a promulgação da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011). A necessidade de alterações que fornecessem melhores instrumentos para o combate aos cartéis já se percebia desde a entrada em vigor da lei anterior (Lei nº 8.884/1994) e foi atendida pelas mudanças legais introduzidas ainda na virada do século XXI, com a introdução dos instrumentos de busca e apreensão e dos acordos de leniência. A lei promulgada em 2011, que entra em vigor em 2012, aperfeiçoa o desenho institucional superando o arranjo ineficiente de três diferentes órgãos compartilhando funções de defesa da concorrência e estabelece com maior clareza a obrigatoriedade da autorização prévia para atos de concentração.

Conforme pontuou a OCDE na mais recente revisão entre pares (de 2019), o modo de operação da Lei de Defesa da Concorrência foi simplificado e modernizado, seguindo as melhores práticas internacionais. Nos primeiros dois anos de implementação da nova lei, o Cade dedicou-se a organizar

e esclarecer o mercado quanto ao novo regime de notificação prévia de atos de concentração.

De 2014 em diante, reforça-se a prioridade ao programa de combate aos cartéis - programa este que, acompanhando o movimento internacional, já vinha ocupando espaço crescente na agenda da autoridade desde os primeiros anos do século XXI.

Os acordos, também referidos como Termos de Compromisso de Cessação (TCC), são amplamente utilizados para concluir casos de cartel e de conduta. De forma atípica quando comparado com práticas internacionais, os acordos podem ser negociados até o momento da decisão final por parte do Tribunal do Cade. Isto compromete os ganhos de eficiência que decorreriam da celebração de acordo firmado antes de a autoridade finalizar a investigação. No caso de cartéis, o Cade considera os acordos como um importante complemento ao seu programa de leniência, o qual fornece imunidade apenas ao primeiro proponente. Nos últimos anos, houve um aumento no número de TCCs firmados em casos de cartel. De fato, o Cade modificou seus procedimentos relacionados a acordos para aumentar os incentivos das empresas a cooperarem, o que se provou bastante eficaz. São fornecidos descontos de até 50% do valor da multa para as partes que firmam acordo em casos de cartel, a depender do momento da propositura e de sua posição na fila. Estes descontos são altos quando comparados com a experiência internacional.

A nova lei também modificou o programa de leniência no Brasil. Eliminou-se a regra de que a leniência não estaria disponível para o líder do cartel. Ademais, a proteção da leniência foi estendida de forma explícita para a conduta criminal relacionada à prática. A lei anterior fazia menção apenas ao crime de cartelização, enquanto os crimes relacionados, como conspiração e fraude à licitação também estão, agora, expressamente cobertos pelo acordo de leniência. Em relação à persecução penal de pessoas físicas, a nova Lei estabelece que os responsáveis pelas violações estarão, agora, sujeitos tanto à multa quanto à prisão (e não mais alternativamente), o que, na prática, aumenta a sanção mínima prevista pela lei anterior, que englobava apenas multa.

O ponto que se procura explorar nesse artigo são as consequências não antecipadas da prioridade concedida a um programa de combate aos cartéis na agenda da autoridade de defesa da concorrência - em detrimento de uma política mais atenta e severa, tanto preventiva como repressiva, quanto ao abuso de posição dominante. A política de combate aos cartéis tem desafiado combinações com anos de existência - cujos danos se estenderam por longo tempo -, em mercados maduros, de baixo dinamismo e após investigações que - a despeito do ferramental introduzido no ano 2000 (acordos de leniência e colaboração e instrumento de busca e apreensão) - não lograram economizar em custos administrativos, reduzindo a duração dos processos. Ademais, firmas e indivíduos responsáveis pela organização e manutenção dos cartéis passaram a ser, com a entrada em vigor da nova lei, os principais beneficiários de acordos de leniência, o que anulou - e eventualmente pode ter mesmo reforçado - o efeito dissuasório provocado pela possibilidade de deserção bem-sucedida de participante de menor porte, para quem originalmente foi projetado o instituto da leniência.

Além desta breve introdução, este artigo é composto pelas seguintes seções; na 1ª é discutido o significado, alcance e limitações da vertente de combate aos cartéis dentro de uma política nacional de defesa da concorrência. Na 2ª seção descreve-se as principais características e resultados alcançados pela política de combate aos cartéis em período recente, ressaltando as mudanças institucionais trazidas pela Lei nº 12.529/2011. Na 3ª seção empreende-se análise econômica do direito para compreender os resultados obtidos - e em grande parte não antecipados - do modelo



de política de defesa da concorrência adotado no Brasil neste século, com particular ênfase a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011. Na 4ª seção analisa-se, à luz da fundamentação teórica prévia, a política brasileira de combate a cartéis. Finalmente, apresentam-se as conclusões da análise econômica do direito da concorrência tal como recentemente aplicado no Brasil.

## 1 OBJETIVO DA POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA EM SUA VERTENTE DE COMBATE AOS CARTÉIS

Argumenta-se que o bem-estar econômico é o objetivo que as autoridades de concorrência e os tribunais deveriam perseguir. Isso nos leva a definir a política de concorrência como: “o conjunto de políticas e leis que asseguram que a concorrência no mercado não seja restringida de maneira a reduzir o bem-estar econômico” (MOTTA; SALGADO, 2015, p. 29).

A leitura normativa que caracteriza a tradição da análise econômica sobre o tratamento das falhas de mercado, identifica a política de defesa da concorrência como resposta do poder público à falha de mercado representada pela assimetria de posições de mercado. Em mercados caracterizados por assimetrias que os afastam das condições de concorrência perfeita, estão presentes, com maior ou menor intensidade, incentivos para o exercício abusivo de posições dominantes, gerando perda de eficiência e bem-estar econômico, tanto em termos estáticos como dinâmicos (MOTTA; SALGADO, 2015; STIGLITZ, 2010).

A despeito da concorrência ser benéfica para a sociedade, para o conjunto de consumidores, não é um valor caro do ponto de vista da racionalidade econômica individual. Conforme discutido em outra oportunidade<sup>3</sup>:

*o sonho de toda empresa é tornar-se monopolista e conquistar uma vida tranquila. É o que dita a racionalidade econômica. Ao mesmo tempo, é o empenho de se tornar monopolista – auferir lucro econômico ou supranormal – o que sustenta a dinâmica da concorrência e o que gera progresso econômico. (FRANCO; GIAMBIAGI, 2015, p. 155).*

Em mercados de bens predominantemente homogêneos com número limitado de empresas (por força de barreiras de ordem técnica ou institucional à entrada), a forma mais simples de se tornar monopolista é atuar em conjunto, compartilhando os lucros de monopólio<sup>4</sup>. Conforme expõe Azevedo (2011, p. 275):

*a situação mais desejável a um grupo de empresas é agir como um monopolista, dividindo posteriormente os ganhos decorrentes dessa posição. Em outras palavras, as empresas rivais têm o que ganhar fazendo*

3 Salgado apud Franco e Giambiagi (2015).

4 Bowles e Gintis (2010), ao tratarem da natureza das instituições como convenções, ajudam a compreender a dificuldade de a cultura da concorrência ser incorporada como valor. Efetivamente, a concorrência não tem valoração cultural positiva, do ponto de vista do ofertante no mercado. É um valor historicamente recente, imposto por mudança institucional exógena na maior parte das experiências (no Brasil decerto) mesmo nas economias de mercado maduras e consolidadas e de natureza abstrata. O “natural” na conduta empresarial é combater a concorrência, enfrentá-la e neutralizá-la, não a proteger. Essa é uma tarefa da política pública. Já a cooperação entre os pares, seguindo uma moral restrita (em oposição a uma moral geral) de apoio mútuo dentro de um pequeno grupo (clã, guilda, corporação) encontra amparo em tradição, com o que mudanças institucionais formais – a adoção de novas normas legais, por exemplo – convivem – e entram em conflito – com práticas muitas vezes opostas.

*acordos entre si, mesmo porque, na pior das hipóteses, esses acordos podem contemplar a volta à concorrência (AZEVEDO, 2011, p. 275).*

Condições específicas com que as firmas se deparam no mercado afetam os custos e benefícios envolvidos nas decisões estratégicas de cooperar com rivais ou concorrer com elas, considerando as decisões conhecidas (ou esperadas) por parte dessas mesmas rivais. Azevedo (2011) categoriza de forma didática essas condições, subdividindo-as em três grupos: a) custo de transação entre as empresas, que indicam a dificuldade de se negociar um acordo; b) o custo de não cooperar (ou o benefício de cooperar), dado pelos ganhos decorrentes do acordo e pelos custos de sofrer retaliação em caso de não cooperar; e c) o benefício de não cooperar (ou custo de cooperar), ou seja, os ganhos de uma firma ao desrespeitar o acordo com as demais.

Como nos ensina a moderna teoria da organização industrial, nas estruturas de oligopólio – a forma de concorrência imperfeita prevalecente na maioria dos mercados modernos – os lucros totais tendem a ser menores do que os lucros de monopólio. Essa redução de lucros resulta da externalidade inerente ao processo de concorrência: quando, por exemplo, sob competição de Cournot, a firma decide qual quantidade produzir para maximizar seu próprio lucro, não leva em consideração que o faz às expensas da redução de lucro da rival. Conhecida essa restrição, o analista deve esperar que, conduzidas pela racionalidade econômica, as firmas tendam a querer estabelecer acordos para elevar seus lucros – seu poder de mercado –, o lucro máximo de monopólio. A lógica econômica do cartel consiste, portanto, em suprimir a rivalidade oligopolista para elevar preços ao nível de monopólio e compartilhar os ganhos entre os participantes.

Embora a lógica maximizadora incentive condutas colusivas, organizar, monitorar e manter um cartel em operação (ou, dito de outro modo, a manutenção de um padrão colusivo de conduta) está longe de ser trivial. A dificuldade central da colusão consiste em que geralmente é lucrativo desviar-se secretamente do acordo. Reconhecendo essa dificuldade, os cartéis que vêm à luz demonstram ter desenvolvido estruturas complexas e intrincadas para evitar e limitar o problema da deserção. Algumas condições são determinantes para o sucesso de uma conduta colusiva, dentre elas, a capacidade das firmas organizadoras do cartel monitorarem eventuais defecções e punirem as rivais indisciplinadas que teimem em concorrer. Dito de forma simples: a coação é arma central na organização de cartéis. Note-se que, quanto mais assimétrica uma estrutura de mercado, maior o incentivo para firmas menores (seja por escala, seja porque atuam em nichos de mercado) que participam da franja, desertarem – na prática simularem concordância com o cartel organizado pelas firmas dominantes, de modo a evitar retaliações que, no limite, poderiam inviabilizar sua permanência no mercado.

Cartéis duradouros em indústrias oligopolistas usualmente contam com os seguintes recursos:

- a) estruturas de preços que lhes permite implementar com sucesso elevações de preços;
- b) estruturas locacionais que lhe permitem dividir os ganhos e realocar recursos quando expectativas de lucros não se realizam;
- c) estruturas de *enforcement* que facilitem a monitoração e a sinalização de ameaças de punição para a conduta desviante.

Esse último ponto nos interessa mais de perto na presente análise.

A pergunta que se apresenta, como nos lembra Azevedo (2011), é porque muitas vezes não há cartel. A resposta é econômica: empresas concorrem quando, estrategicamente, essa é a melhor resposta ao ambiente econômico onde operam. Dessa realidade econômica deriva-se um dos papéis exercidos pela autoridade concorrencial: desestabilizar cartéis, tornando mais atrativa a escolha por concorrer vis-à-vis manter-se em conluio com concorrentes – ou, o que é o mesmo, mais custosa a escolha por manter-se em conluio. Neste milênio, esse papel vem sendo fortalecido, mundo afora, pela adoção de um mecanismo desestabilizador – que altera o cálculo de custo-benefício embutido na escolha pela colusão (ou pela cooperação, em linguagem de jogos) – o instituto do acordo de leniência.

## 2. BREVE COMENTÁRIO SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Gary Becker (1968) em Crime e Castigo de 1968 propôs recuperar o princípio enunciado por Bentham no século XIX, qual seja: os indivíduos escolhem racionalmente entre alternativas de decisão – ou cursos de ação – ponderando custos e benefícios. A observação de que, empiricamente, o *enforcement* de leis que reprimem práticas indesejadas pela sociedade varia consideravelmente, levou-o a apresentar a seguinte questão de pesquisa: quanto de recursos e como a punição deve ser empregada de modo a garantir o *enforcement* (a aplicação eficaz) da lei? De onde a gradação (econômica) no uso de instrumentos e recursos para atender aos objetivos (legais) pretendidos torna-se o método para guiar decisões visando um ótimo social.

A análise econômica do direito tem sido útil para apontar quando políticas bem-intencionadas carregando falhas de desenho acabam por gerar consequências opostas à intenção original.

Em outro momento (SALGADO, 1997) já observei que:

A legislação antitruste, particularmente pelos incentivos aos processos privados<sup>5</sup>, pode [...] levar a resultados opostos aos pretendidos pelos diplomas legais. Todos os observadores bem-informados da política antitruste temem diante da ameaça de mau uso da legislação com a finalidade de promover objetivos anticompetitivos (SALGADO, 1997, p. 18).

Naquele ocasião, mencionei o alerta de William Baumol e Janusz Ordovery<sup>6</sup>

Há um fantasma que assombra nossas instituições antitruste: sua ameaça é que, longe de servir como baluarte da competição, elas se tornarão um instrumento poderoso nas mãos daqueles que querem subvertê-la (BAUMOL; ORDOVER apud SALGADO, 1997, p. 18).

A análise econômica da aplicação (*enforcement*) da legislação de defesa da concorrência no combate aos cartéis no Brasil conduz à observação dos riscos representados pela extensão a líderes de cartel do instituto da leniência. A propósito, o tema do uso predatório do instrumento da leniência não é fenômeno inédito e tem estado presente na literatura especializada.

5 Omitida nota explicativa sobre o instituto da recuperação triplicada de danos.

6 Partindo de inspirada paródia à introdução ao Manifesto Comunista de Marx e Engels, de 1848.

Ellis e Wilson (2001, apud SPAGNOLO, 2006), por exemplo, mostram<sup>7</sup> que um programa de leniência pode induzir membros de um cartel a delatar o arranjo colusivo à autoridade antitruste tendo por objetivo prejudicar os competidores, é dizer, aumentar os custos marginais (futuros) dos rivais através de multas e prisões dos administradores, ganhando assim uma vantagem estratégica rentável na fase competitiva seguinte. Adicionalmente, os autores mostram que a existência do instituto da leniência prevista em lei tem o efeito de estabilizar ainda mais os cartéis, pois pode ser utilizado como mecanismo de punição aos que desviam do acordo colusivo, tornando-se perfeito instrumento para punir desvios, sobretudo se o programa de leniência for restrito a primeira firma que denunciar o cartel (LIMA, 2016, p. 32).

Cabe lembrar que a discussão em Direito e Economia (*Law & Economics*) sobre dissuasão ótima surge na jurisdição norte-americana, onde a maior parte dos casos de cartéis se dá na esfera privada<sup>8</sup>. O critério de *treble damage* é de dissuasão e reparação de danos. Na jurisdição brasileira, a função de dissuasão é de competência do Cade, já a reparação de dano, direto ou indireto, causado a clientes e consumidores, é assunto da esfera judicial cível. Um dos critérios estabelecidos pelo legislador brasileiro na definição de multa – o primeiro entre os elencados – é a vantagem auferida (quando for possível a sua estimação, aposto incluído por cautela para garantir que a punição dissuasória a ser aplicada pelo julgador não dependesse dessa condição). Entretanto, não é de certo o único critério para a definição de penalidade a ser aplicada ao infrator estabelecido pelo legislador para o julgador (art. 37 da Lei nº 12.529/2011)<sup>9</sup>.

Por outro lado, no Brasil como em outras jurisdições, a punição não se extingue com a aplicação de multa pecuniária. Há outros elementos punitivos somados à estipulação de multa, cujo potencial gravoso é significativo. Imagem, reputação, são ativos intangíveis de valor crucial no mercado, hoje de forma mais explícita, no milênio da imagem e da informação em que vivemos, mas na verdade desde que contratos são fundamentais para a realização de negócios, pois confiança é ingrediente sem o qual contratos não são firmados. Ao ser acusada de uma prática de cartel, admiti-la em um termo de cessação ou ser publicamente condenada, a firma rompe a relação de confiança do mercado para com ela, sobretudo diante de seus clientes atuais e potenciais. O comprometimento do valor dos ativos intangíveis de imagem, nome e reputação compõe parte essencial da punição dissuasória representada por um processo antitruste em prática de cartel. Não à toa, muitas precisam reestruturar-se completamente e enfrentam processos de recuperação judicial. Emblemático é o caso da Siemens AG, que após rumoroso processo envolvendo corrupção governamental, reorganizou-se integralmente, trocando seu comando mundial e adotando rigoroso programa de *compliance* em escala mundial.

O Cade, seguindo o determinado pela legislação, há muito que exerce a função de punir por meios que transcendem os imediatamente pecuniários, e de forma exemplar. Diz-se exemplar porque o Cade é das autoridades antitruste mais transparente do planeta. A publicidade de seu processo decisório sempre foi uma marca de sua atenção diante do mercado. As sessões decisórias

7 com um modelo dinâmico de oligopólio à la Bertrand com produtos diferenciados.

8 A discussão está presente desde os debates originários, em torno da promulgação da lei Sherman, em 1890. A respeito ver Connor e Lande (2005).

9 São 8 os fatores arrolados para a dosimetria no Art. 45 da lei. “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).



são públicas, os votos que expõe as razões de decidir são disponíveis na íntegra, assim como todos os documentos relevantes para que a sociedade acompanhe as ações em defesa da concorrência. É importante destacar esse ponto, que de tão institucionalizado se tende a tomar como dado, mas está longe de ser trivial e irrelevante: há punições, além das pecuniárias, com grande impacto cumulativo sobre o resultado obtido pelas empresas. Dentre elas, destacam-se: publicar por tempo considerável a decisão em veículo de ampla circulação (atualizando o estatuto, o Cade tem imposto a obrigação de manter a sentença condenatória na página de abertura do site da empresa), perder o acesso a financiamentos públicos e estar impedida de participar de processos públicos de compra e licitação. São punições de grande impacto<sup>10</sup>, que o legislador fez somar às multas pecuniárias com o fito de ampliar o impacto punitivo e, mediatamente, dissuasório sobre práticas infrativas.

### **3 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA RECENTE NO COMBATE AOS CARTÉIS**

Em 2000, duas inovações institucionais marcaram de forma decisiva mudanças de qualidade da política de concorrência brasileira em sua vertente da dissuasão de cartéis. Passamos a examiná-los.

#### **3.1 O evento divisor de águas: os institutos do acordo de leniência e da busca e apreensão<sup>11</sup>**

O evento divisor de águas na política de dissuasão de cartéis foi a inovação institucional representada pela introdução dos institutos do acordo de leniência e da busca e apreensão. Tal se deu por modificações à lei antitruste então vigente, a Lei nº 8.884/1994 (BRASIL, 1994), que recebeu acréscimos dos artigos 35-B e 35-C por intermédio da Lei nº 10.149/2000 (BRASIL, 2000). A partir de então, as autoridades passaram a deter instrumentos capazes de prover evidências objetivas – documentais e testemunhais – para além das evidências circunstanciais, de frágil sustentação<sup>12</sup>, até então predominantes nos casos de cartel julgados pelo Cade.

Assim,

Em 2000 a lei foi fortalecida pela inclusão de instrumentos – em colaboração com o Ministério Público e a Polícia Federal – de busca e apreensão e introduziu o programa de leniência, seguindo o modelo norte-americano<sup>13</sup>. A partir de então, o Brasil ingressa no rol de países a perseguir os grandes cartéis internacionais, dando curso às investigações de cartéis internacionais iniciadas nos Estados Unidos pelo DoJ, como o cartel das vitaminas, dos eletrodos, das lisinas e das cargas aéreas, sem contar outros na esfera doméstica, como o cartel de britas, de vergalhões e diversos casos envolvendo postos de combustíveis (MOTTA; SALGADO, 2015, p. 16).<sup>14</sup>

10      Cujos impactos merecem uma avaliação e mensuração detalhada, uma importante questão de pesquisa em aberto.

11      Acréscimos dos artigos 35-B e 35-C à Lei 8.884/94 (BRASIL, 1994) por intermédio da Lei 10.149/00 (BRASIL, 2000).

12      Que por si não são suficientes para afastar, em casos concretos, a hipótese de conluio tácito na ausência de evidências objetivas de conluio explícito.

13      Lei nº 10/149/2000.

14      Para uma avaliação desse período também Furquim *et al.* 2010.

Seguindo a experiência exitosa acumulada pelos Estados Unidos<sup>15</sup>, o instrumento do acordo de leniência conferia imunidade total ou parcial à beneficiária - a depender do grau de ciência das autoridades sobre o conluio em questão - além da imunidade criminal dos dirigentes e administradores da empresa beneficiária do acordo.

### 3.2 As alterações introduzidas pela Lei nº 12.529/2011

O segundo evento fundamental a alterar a qualidade da política de dissuasão de cartéis teve lugar com a promulgação da nova lei de defesa da concorrência brasileira, a Lei nº 12.529/2011.

Com isso, alguns aspectos do programa de leniência foram alterados. Quais sejam:

- a) a alteração da autoridade competente: os acordos de leniência passaram a ser celebrados pelo Cade, por intermédio da Superintendência-Geral (SG). Antes da reformulação, esse papel era cumprido pela Secretaria de Direito Econômico (extinta pela Lei nº 12.529/2011) juntamente com o Cade;
- b) o fim do impedimento para que o líder do cartel seja proponente do acordo;
- c) extensão do rol de crimes diretamente relacionados à prática de cartel, que passaram a ter a punibilidade alterada pelo Acordo firmado com o Cade. Cumprido o acordo de leniência, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes em questão.

Outro instrumento fundamental a compor a atual política brasileira de combate a cartéis é o Termo de Cessação de Conduta (TCC), criado pela Lei nº 8.884/1994. Esse instituto teve suas penas aplicáveis às infrações antitruste modificadas pela Lei nº 12.529/2011. Em contraste com o acordo de leniência, que é um instrumento disponível apenas ao primeiro agente infrator a reportar a conduta colusiva ao Cade e cujos benefícios são tanto administrativos quanto criminais, o TCC é acessível a todos os demais investigados na conduta anticompetitiva gerando benefícios apenas no âmbito administrativo.

Conforme vimos na seção 2.1., a teoria nos diz que sempre que for possível, as firmas vão entrar em colusão para elevar seus preços. A decisão de participar ou não de um acordo colusivo envolve um *trade-off* entre lucros de curto prazo e perdas de médio e longo prazo. O mecanismo de leniência extensivo às firmas organizadoras do cartel elimina essas perdas e consolida os ganhos obtidos no curso da ação (curto prazo).

De acordo com Lima (2016, p. 28-30), o sucesso da adoção dos instrumentos de leniência e TCC está refletido em números: até 2015 inclusive, foram assinados 50 acordos de leniência e 14 aditivos desde a introdução do programa em 2000. Nota-se uma mudança de patamar na atratividade representada por esses instrumentos a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011: entre 2012 e 2015, 28 acordos de leniência (56%) e 11 aditivos (79%) foram assinados o que representa um enorme aumento do interesse por este instrumento de investigação. Além disso, no mesmo período, mais de 100 TCCs foram assinados com Cade em processos contra cartéis, sendo 32 referentes a investigações de cartéis internacionais. Em relação as multas aplicadas, o Fundo de Defesa de Direitos Difusos

15 A iniciativa do legislador brasileiro caminhou à frente de outras que se seguiram com pequenas variantes, como as do Reino Unido e da União Europeia.



recebeu mais de 500 milhões de reais em 2015, dez vezes o valor recebido em 2012 (LIMA, 2016).

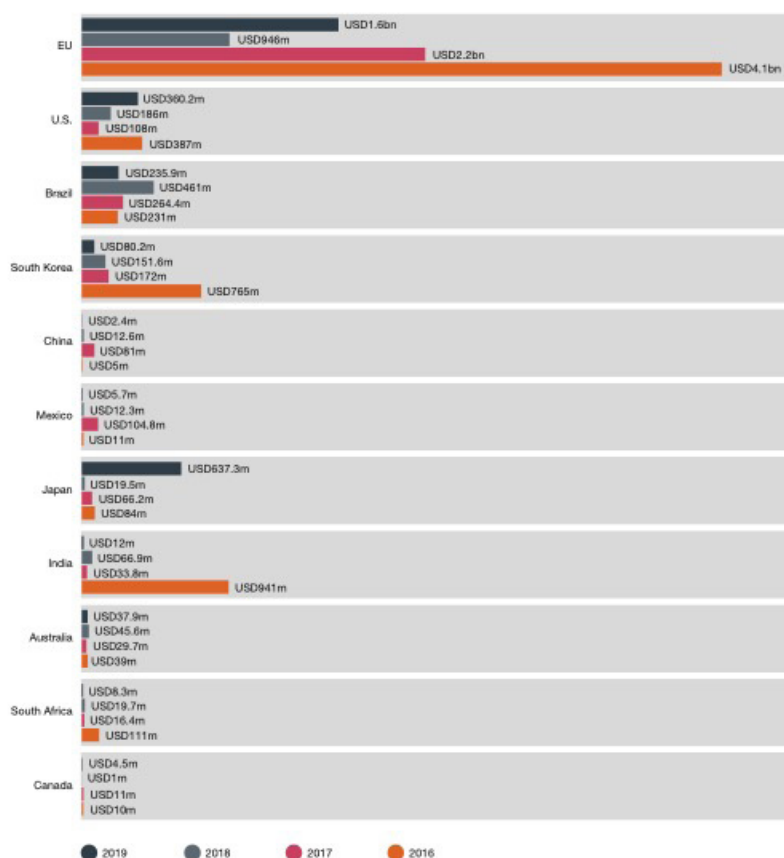
**TABELA 1. ESTATÍSTICA DESCRITIVA DOS CASOS DE CARTEIS**

Período em que o cartel foi detectado	1994-1999	2000-2014
Número de casos	35	38
Total das multas em R\$ (sem descontos) <sup>16</sup>	279.395.073,83	10.170.808.649,01
Total das multas em R\$ (com descontos) <sup>17</sup>	279.395.073,83	9.426.903.960,32
Duração média dos cartéis (anos)	4,89	7,34
Média do nº de firmas	2,83	4,18

Fonte: Lima (2016).

Mais recentemente, o número de cartéis detectados e punidos aumentou consideravelmente, a ponto de a quantidade de condenações e multas aplicadas no Brasil aproximarem-se do padrão estadunidense, como se pode ver na tabela 2.

**TABELA 2. COMPARAÇÃO ENTRE MULTAS APLICADAS SOBRE CARTEIS EM JURISDIÇÕES SELECIONADAS**



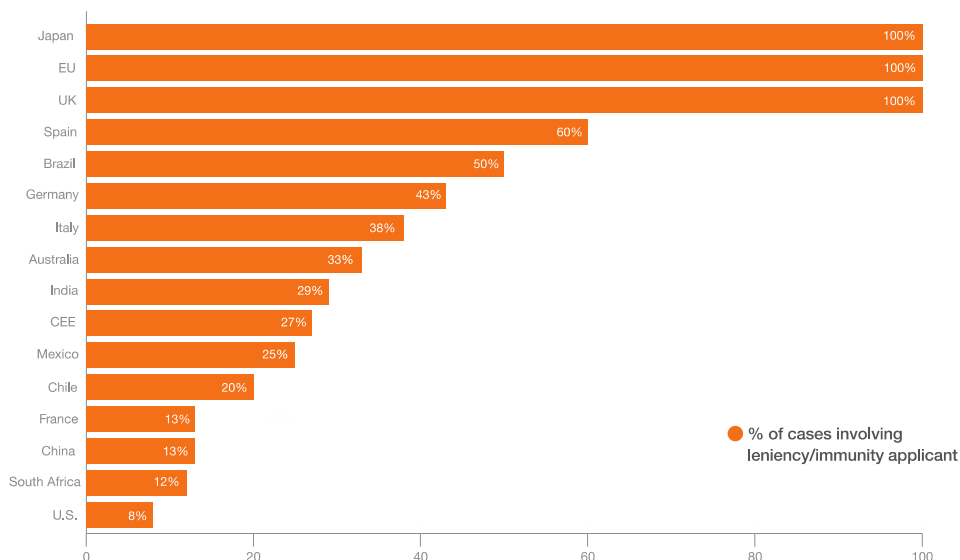
16 Somatório das multas sem a aplicação dos descontos garantidos pelos acordos de leniência mais as multas esperadas dos casos em que houve assinatura de TCC's.

17 Somatório das multas com os descontos garantidos pelos acordos de leniência mais as contribuições pecuniárias dos casos em que houve assinatura de TCC's.

**TABELA 3. COMPARAÇÃO DE DECISÕES EM CARTEL COM APLICAÇÃO DE LENIÊNCIA/IMUNIDADE**

**CARTEL DECISIONS INVOLVING AN IMMUNITY/LENIENCY APPLICATION**

Selected jurisdictions with three cartel decisions or more



Fonte: Global Antitrust Cartel Enforcement Report (2020).

Como se vê, o Brasil ocupa posição de destaque tanto no ranking de valor de multas como no número de casos concluídos com acordos de leniência ou de colaboração, que chegam a 50% dos casos, padrão apenas superado por Espanha (60%), Reino Unido, União Europeia e Japão, jurisdições onde todos os casos envolvem acordos de leniência ou imunidade por colaboração.

#### 4. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO APLICADA À EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

A importância dos programas de leniência tem sido festejada por organizações que reúnem autoridades e profissionais da prática antitruste, como o *International Competition Network* em cujo documento sobre o tema<sup>18</sup> se lê que o instrumento fornece um plano de combate a cartéis efetivo por i) desencorajar a participação de empresas em cartel; ii) estimular a desistência de participação em cartéis preestabelecidos; iii) aumenta a probabilidade de detecção de um cartel; e iv) aumentar a possibilidade de punição.

Por longo tempo, prevaleceu na teoria microeconômica a ideia desenvolvida por Stigler (1968) de que a conduta colusiva – a organização e sustentação de cartéis – constituiria uma exceção ao funcionamento dos mercados, movidos estes pela racionalidade individual-maximizadora; o conjunto de requerimentos para a operacionalização de cartéis seria de tal ordem que os tornaria eventos raros e de fôlego curto. Essa abordagem ao problema, cética à capacidade de líderes de cartéis manterem a disciplina interna, garantindo a estabilidade do cartel com o emprego de mecanismos

18 *Anticartel enforcement manual*. 2009. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc341.pdf>. A mesma análise é apresentada pela OCDE em seu relatório para combate de cartéis *HardCore* (2002, p. 7).

de monitoração e ameaça crível de retaliação – embora ainda figure em manuais de microeconomia, vem sendo sistematicamente falsificada pela experiência recente em antitruste. Desde os primeiros casos de cartéis internacionais, desvendados pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos com o emprego do instrumental equivalente ao acordo de leniência (os cartéis das vitaminas e das lisinas) têm obrigado a revisão do entendimento prevalecente sobre as condições de organização, funcionamento e manutenção desses arranjos anticompetitivos.

Os programas de leniência foram adotados originalmente pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos em 1993, após substancial revisão do mecanismo de barganha previsto desde 1978, tornando-o menos restritivo; experiência seguida pelo Reino Unido e pelo Brasil em 2000, pela França e Alemanha em 2001 e pela União Europeia em 2003. Esses programas têm, de fato, trazido à luz significativo número de acordos colusivos, mantidos por longos períodos e até então desconhecidos das autoridades.

O mecanismo de redução de multas funciona como um incentivo para que os membros do cartel tragam informações à autoridade antitruste. Uma vez detectados elementos que deem ensejo à autoridade a entender tratar-se de um cartel, a probabilidade de punição passa a ser grande, mesmo que a autoridade ainda não disponha de todas as evidências. Note-se que é apenas no Brasil que o mecanismo de redução de multas vai ao extremo de conceder anistia e imunidade àquela que primeiro revelar o esquema, mesmo que tenha liderado o conluio e coagido rivais a tomar parte. Colaborar torna-se, portanto, a estratégia vencedora para os participantes do cartel e, como para tornar-se elegível ao benefício de redução de multas é preciso trazer informações relevantes para a investigação, a conduta racional passa a ser levar à autoridade toda e qualquer informação de que a proponente do acordo disponha, mesmo que essas informações venham a ser considerada no todo ou em parte irrelevante para o caso ou inexatas. De onde não se pode afastar a importância da investigação e da análise realizados pela autoridade.

#### 4.1 Desalinhamento de incentivos e acordos de leniência (e cooperação)

A heurística de investigação de cartéis no Brasil, tal como orientada por decisões recentes do Cade, tem explicitamente deixado de lado a análise de estruturas de mercado, características da oferta (custos) e demanda (desenhos de contratos), que eventualmente podem responder por desalinhamento de incentivos e construção de estratégias diferentes por parte das empresas<sup>19</sup>. Essa leitura de que tudo se passa como se incentivos a orientar estratégias fossem homogêneos<sup>20</sup>, não encontra respaldo na teoria econômica. Shapiro (2007) nos ensina que

Assimetrias em participações de mercado tendem a tornar mais difícil a sustentação da colusão. Para propósitos ilustrativos, suponha que uma firma  $i$  tenha uma participação de mercado de  $s_i$ . A condição para que ela coopere e não deserte é  $s_i \pi(P)/(1-\delta) > \pi(P)$ , que pode ser escrito como  $s_i > 1-\delta$ . Essa condição será mais difícil de ser cumprida para as firmas com menores participações de mercado, dado que essas firmas estão sujeitas à tentação de aumentar suas participações antes que as demais firmas possam responder e, ao mesmo tempo, têm menos lucros a perder em

19

20 Implicitamente supõe a aplicação de um modelo simples com empresas idênticas em tamanho e custo.

caso de punição (o que torna os lucros de todas as firmas iguais a zero). Definindo  $s_{\min}$  como a participação de mercado da firma com menor participação, temos então que as firmas terão que ser mais pacientes para sustentar um resultado colusivo. As firmas menores desempenham o papel de contestadoras (maverick), ou seja, a firma mais disposta a desertar de um resultado colusivo. (SHAPIRO, 2007, p. 36, tradução nossa).<sup>21</sup>

Shapiro segue frisando que o modelo simples, que indica o equilíbrio em conluio, não é capaz de capturar sutilezas como as descritas<sup>22</sup> – que seja, porque têm participações de mercado diferentes, custos diferentes, ou produtos diferentes – firmas podem ter forte incentivo para não tomar parte em cartéis existentes. Tais sutilezas “tendem a ser ainda mais importantes na prática” (ibidem), segundo ele.

A teoria e a prática há muito nos ensinam que a presença de firmas com menor participação de mercado, que têm incentivo para desertar, é disruptiva para as líderes.<sup>23</sup> O dispositivo legal que contempla líderes de cartel com imunidade antitruste – mesmo tendo feito uso de coerção e punição para manter a disciplina do acordo colusivo – aumenta os ganhos líquidos da conduta colusiva, ao reduzir – ou no limite eliminar – o custo da detecção e condenação da prática.

A estratégia dominante para as líderes torna-se: i) organizar um cartel; ii) coagir a franja do mercado a respeitar suas normas, (seja compartilhar informações sobre preços e propostas a clientes potenciais, seja participar de reuniões convocadas pelas líderes) sob pena de retaliação capaz de inviabilizar a sobrevivência no mercado das concorrentes menores e, no momento seguinte, iii) consolidar os ganhos obtidos durante a organização do cartel obtendo a imunidade conferida pelo acordo de leniência.<sup>24</sup>

Harrington (2009, p. 42) reforça o ponto feito acima, em análise da colusão entre firmas com diferentes fatores de desconto – diferentes valorações de ganhos por curso de ação no curto e longo prazo, estando associadas tais valorações às suas diferentes posições de mercado. Esse autor também demonstrou como firmas com pequena participação de mercado encontram maiores chances de aumentar sua participação de mercado – e, por decorrência, sua lucratividade – em condições de competição. Essas empresas maverick são, portanto, particularmente perniciosas do ponto de vista das líderes organizadoras do cartel e sua indisposição em obedecer à disciplina do cartel atrapalha o objetivo de maximização de lucros ao nível de monopólio e compartilhamento, imposto pelas líderes. Quando surpreendidas descumprindo o acordo colusivo, são punidas exemplarmente, tornando crível a ameaça permanente de novas retaliações – que se concretizada representaria a inviabilização econômica da rival menor.

21 *Asymmetries in market shares tend to make it more difficult to sustain collusion. For illustrative purposes, suppose that firm  $i$  has a market share of  $s_i$ . The condition for this firm to cooperate rather than defect is  $s_i \pi(P)/(1-\delta) > \pi(P)$ , which can be written as  $s_i > 1-\delta$ . This condition will be most difficult to meet for the firm with the smallest market share, since this firm has the greatest temptation to gain share before the other firms can respond and also the least profits to lose from punishment that renders all firms' profits equal to zero. Defining  $s_{\min}$  as the market share of the smallest firm, we get  $\delta^* = 1 - s_{\min} > 1 - 1/N$ , so the firms must be more patient to sustain the collusive outcome. The smallest firm plays the role of the maverick, that is, the firm most prone to defection from the collusive outcome (SHAPIRO, 2007, p. 36).*

22 Lembre-se que em muitas situações de mercado, modeláveis como jogos, há múltiplos equilíbrios possíveis, sobretudo quando decisões são tomadas em dimensão intertemporal (ou dinâmica).

23 Shapiro, op. cit. p. 40.

24 consolidação dos ganhos integrais no caso de proposição de acordo à autoridade antes da abertura de investigação, parcial, no caso da investigação já encontrar-se em curso.

## 4.2 Acordos de leniência como segunda melhor solução possível (2nd Best)

Motta e Polo (2003) inauguraram a literatura que avalia os efeitos de acordos de leniência e cooperação. Um dos principais resultados obtidos foi identificar que, com a adoção de programas de leniência, a sociedade tende a ser beneficiada, por um lado pela cessação da prática, por outro pelo encurtamento do tempo dispendido na investigação, visto que informações aduzidas pelas firmas permitirão uma conclusão mais ágil do caso, com a conseqüente economia de recursos públicos.

No equilíbrio colusivo, há dois desvios possíveis: i) o desvio de estratégia de mercado, adotado frequentemente por firmas menores e por aquelas focadas na competição por diferenciação, cujos incentivos para não aderir às regras do cartel são maiores; ii) o desvio da estratégia de revelar informação à autoridade, uma vez aberta a investigação.

O primeiro desvio é potencializado em estruturas de mercado assimétricas, onde disputam o mercado e convivem em um mesmo ambiente econômico empresas com dimensão – e estrutura de custo – diversa e, portanto, posições de mercado e estruturas de incentivo também diversas, conforme nos ensina Shapiro (2007).

O segundo desvio, seguindo a reflexão de Motta e Polo (2003), é potencializado pelo mecanismo-chave dos programas de leniência e está representado pela regra que permite às firmas receber redução de multas mesmo depois da investigação já ter sido aberta (o que na jurisdição brasileira toma a forma do TCC); o mecanismo de incentivo para a revelação de informação reside aí: uma vez aberta a investigação, nenhuma firma participante do conluio pode estar em melhor situação não relevando informação. Colaborar com a autoridade passa a ser a estratégia dominante (vale a restrição de compatibilidade de incentivos).

Uma vez aberta uma investigação de cartel não há racionalidade econômica em deixar de colaborar com a autoridade. Passa a ser em seu melhor interesse que uma firma investigada colabore para esclarecer tanto quanto possível o quadro fático e as relações de causalidade envolvendo os indícios de conduta colusiva. Ampliar a possibilidade para que de uma firma beneficie-se de um acordo de leniência torna mais eficiente a investigação, pois mais completa – em vista das informações trazidas pelas colaboradoras - mais célere e menos custosa – em função da economia de recursos públicos.

Há, contudo, um efeito perverso importante gerado por acordos de leniência: os incentivos à própria colusão, já que os custos associados à punição são reduzidos – ou eliminados, no caso brasileiro – e tal redução é conhecida *ex ante*. Motta e Polo (2003) alertam para o efeito pró-colusivo de políticas que forneçam redução de multas a firmas participantes de conluio. Portanto, não é possível afirmar que um programa de leniência eleve inequivocamente o bem-estar<sup>25</sup> – o que, como sabemos, é o objetivo da defesa da concorrência. Nesse trabalho seminal, os autores mostram que, numa perspectiva *second best*, a adoção de programas de leniência pode ser desejável por incentivar a desistência *ex post* da colusão e economizar recursos de investigação para novos casos. No Brasil, o efeito perverso e acordos de leniência, identificado por Motta e Polo, de incentivo *ex ante* ao cartel, por reduzir o custo associado à punição, tem sido magnificado, por serem elegíveis para a anistia antitruste firmas que formaram, lideraram e conduziram os cartéis, mesmo que tenham usado de coerção contra rivais. Ademais, como se verá na próxima subseção, não há evidências de que o efeito

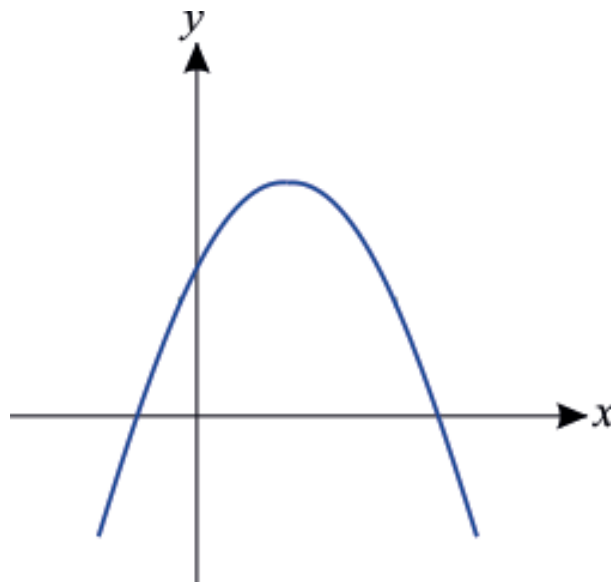
positivo de reduzir os custos de investigação e dissuadir futuros cartéis esteja sendo produzido pela adoção do instrumento de leniência no Brasil.

## 5. EFEITOS DA AMPLIAÇÃO DO USO DO INSTRUMENTO DE LENIÊNCIA NO BRASIL

A teoria econômica e a experiência brasileira a partir de 2012 com acordos de leniência e TCCs nos sugere a existência de um *trade-off* de custos e benefícios na relação entre o uso desses instrumentos (com sua extensão apresentada no eixo x) e os efeitos líquidos sobre bem-estar (no eixo y), indicando haver um ponto de ótimo Paretiano a partir do qual a extensão do uso do instrumento gera resultados opostos ao determinado pela lei – a proteção da concorrência. Muito provavelmente, a relação entre o uso eficiente do instrumento (diferença entre custos e benefícios para a concorrência) não é monotônica e tomará a forma de uma parábola com concavidade negativa, representando seu vértice o ótimo Paretiano de uso do instrumento – a partir do que incentivos à colusão passam a prevalecer sobre os incentivos à concorrência, implicando, portanto, perdas de bem-estar.

Uma ilustração esquemática dessa relação seria a apresentada no gráfico 1 abaixo.

GRÁFICO 1. GANHOS E PERDAS COM EXTENSÃO DA LENIÊNCIA



Elaboração própria

Sendo o eixo y representado pelos ganhos líquidos em concorrência e o eixo x representado pela extensão do uso do instrumento da leniência, com o vértice indicando o ponto a partir do qual firmas líderes condutoras de cartéis passam a ser elegíveis para obter o benefício da imunidade antitruste, total ou parcial.

Salienta-se aqui o risco que a utilização dos instrumentos de leniência e acordos além de um ótimo Paretiano: conferir imunidade a firmas que lideram cartéis e impõe disciplina a rivais menores (que em condições normais, teriam incentivos econômicos para não aderir à regra do cartel), por meio da ameaça crível de retaliação, confere incentivo adicional à colusão, por cancelar os custos da conduta (tornando negligenciável o risco de ser apanhado e punido) e elevar os benefícios, com o enfraquecimento e no limite eliminação de rivais incômodos. A extensão de imunidade a firmas

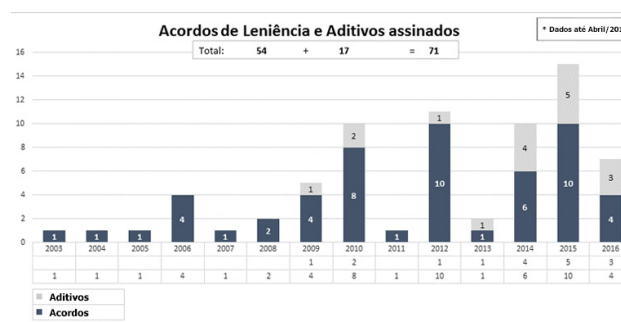


líderes, excentricidade da jurisdição brasileira, dá ensejo ao uso predatório do dispositivo antitruste e merece ser adotada com extrema cautela.

A análise empírica realizada por Lima (op. cit.)<sup>26</sup> sobre a política brasileira de detenção de cartéis traz à luz importantes aspectos para auxiliar a reflexão sobre sua eficácia e possível revisão de rota. Com amparo na literatura relevante, a autora formula uma série de hipóteses que, aplicadas à análise dos dados levantados em 73 casos de cartel identificados pelo Cade, permitem avaliar o impacto da introdução do programa de leniência. Conclui que houve aumento acentuado das multas<sup>27</sup>, da média de firmas identificadas em acordos colusivos e do tempo de duração de cartéis identificados<sup>28</sup>.

Um dos principais atributos a recomendar a adoção de um programa de leniência – seu potencial redutor de custos administrativos associados à investigação, garantindo uso mais eficiente dos recursos públicos – não é confirmado pela análise da experiência brasileira. Não há elementos para afirmar que a adoção do programa de leniência tenha reduzido custos de investigação e aplicação (enforcement) da lei (custos de litigância) por parte da administração pública. Embora o Cade tenha firmado 54 acordos de leniência desde a adoção do programa até abril de 2016 (conforme tabela 4), apenas 6 processos administrativos foram julgados. Considerando o cenário de adoção de programa de leniência, o tempo médio de duração dos processos administrativos em que foram assinados acordos de leniência é de 7 anos enquanto que o tempo médio daqueles que não tiveram acordo de leniência é de 5,44 anos. O tempo médio de duração dos processos administrativos até a assinatura do primeiro TCC também é maior do que aqueles sem TCC, sendo 6,37 anos e 4,6 anos respectivamente. Pondera-se que embora a atual situação em relação quadro técnico da autarquia possa não ser um retrato de todo o período de atividade do Cade sob análise, ela pode explicar em parte o fato de que um processo administrativo com ocorrência de um acordo de leniência não terá necessariamente seu tempo de duração reduzido em função de tal acordo (pp.44).

**TABELA 4. ACORDOS DE LENIÊNCIA FIRMADOS PELO CADE**



26 O estudo foi realizado amostra é constituída por 73 casos de cartel investigados e julgados pelo Cade entre os anos de 1994 e 2016. Todas as informações coletadas estão disponíveis no endereço eletrônico da autarquia ([www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br)), na sessão Pesquisa Processual. As fontes de informações consultadas foram principalmente votos e relatórios proferidos pelos Conselheiros-Relatores dos processos administrativos e dos requerimentos TCC, relatórios da SG, da SDE e acórdãos. Os valores das multas imputadas às empresas condenadas por cartel, assim como os valores de contribuição pecuniária (nos casos onde foram firmados TCCs) estão expressos em reais e formam atualizados pelo IPCA, ano base 2015.

27 O nível de multas por processo administrativo foi utilizado no estudo como proxy para informação revelada, considerando que casos mais bem documentados podem gerar penalidades mais severas. O resultado indica, portanto, a ocorrência de nível mais elevado de informações reveladas sobre os cartéis após a adoção do programa de leniência.

28 As evidências sugerem que o programa de leniência ajuda a desestabilizar cartéis existentes na medida que a duração média dos cartéis detectados após a adoção do programa aumenta, denotando que cartéis marginais (mais instáveis) são desestimulados a manterem os acordos, em consequência, cresce a parcela de cartéis mais estáveis na população de cartéis detectados.

Atualizando o quadro com dados constantes dos relatórios do Cade, até dezembro de 2016 foram 11 os acordos e 6 os aditivos e em 2017, foram 21 os acordos e 3 os aditivos<sup>29</sup>.

Porquanto existem evidências indiretas de que o programa de leniência esteja ajudando a desestabilizar cartéis existentes<sup>30</sup>, não há evidências para concluir que o programa esteja de fato desestimulando o surgimento de novos cartéis – objetivo fundamental da política de dissuasão de cartéis<sup>31</sup>.

Em suma, salientamos que a abordagem conferida ao combate aos cartéis, por meio da ampliação do escopo do instrumento de leniência no Brasil tem deixado de considerar:

- 1) assimetrias em participações de mercado levam a incentivos distintos para a adoção de conduta colusiva e deserção de cartéis. A aplicação da lei antitruste na sua faceta de dissuasão de cartéis no Brasil tem tratado de forma indistinta todas as participantes do mercado, independentemente de seu posicionamento como líderes do arranjo colusivo ou participantes da franja de pequenas empresas. A análise econômica dos incentivos distintos a guiar as ações estratégicas das empresas mostra-se como necessária para a aplicação eficiente da lei, de modo a maximizar o seu efeito dissuasório sobre condutas anticompetitivas.
- 2) a possibilidade de celebração de acordos de leniência por parte de firmas líderes, tanto do mercado como de condutas colusivas, pode gerar incentivos distorcidos para o objetivo teleológico da lei. Ao retirar a restrição a que firmas líderes do conluio pudessem usufruir dos benefícios da leniência, em estruturas de mercado assimétricas – em que poucas firmas dominantes convivem com franja de competidores de menor porte – geram diferenças também em estratégias empresariais.

## 5.1 Desalinhamento de incentivos e acordos de leniência (e cooperação)

A heurística de investigação de cartéis no Brasil, tal como orientada por decisões recentes do Cade, tem explicitamente deixado de lado a análise de estruturas de mercado, características da oferta (custos) e demanda (desenhos de contratos), que eventualmente podem responder por desalinhamento de incentivos e construção de estratégias diferentes por parte das empresas. Essa

---

29 A série interrompe-se em 2017 em virtude das mudanças no modo de divulgação de dados pelo Cade, que passa a produzir relatórios de gestão voltados para órgãos de controle, deixando de disponibilizar o conjunto de dados referentes aos julgados.

30 A duração média dos cartéis detectados após a adoção do programa aumenta, denotando que cartéis marginais (mais instáveis) são desestimulados a manterem os acordos, em consequência cresce a parcela de cartéis mais estáveis na população de cartéis detectados.

31 Esse resultado está em consonância com parte importante da literatura recente em antitruste. Crandall e Winston (2003), por exemplo, questionam, com fundamento em estudo empírico, a propalada eficácia da política de dissuasão de cartéis, em linha com estudiosos como William Kovacic e Jonathan Baker - que demonstram preocupação sobretudo com os incentivos gerados pela recuperação tripla de danos em ações privadas, prevista na legislação norte-americana. Crandall and Winston (2003) argumentam que a política antitruste (nos EUA) não tem sido efetiva nem para elevar o bem-estar do consumidor nem para dissuader condutas anticompetitivas: *"We find little empirical evidence that past [antitrust] interventions have provided much direct benefit to consumers or significantly deterred anticompetitive behavior."*

leitura, segundo a qual tudo se passa como se incentivos a orientar estratégias fossem homogêneos<sup>32</sup>, não encontra respaldo na teoria econômica. Shapiro (2007) nos ensina que:

Assimetrias em participações de mercado tendem a tornar mais difícil a sustentação da colusão. Para propósitos ilustrativos, suponha que a firma  $i$  tenha a participação de mercado de  $s_i$ . A condição para que a firma deserte é  $s_i \pi(P)/(1-\delta) > \pi(P)$ , que pode ser escrito como  $s_i > 1-\delta$ . Essa condição será atingida com dificuldade extrema pela firma com a menor participação de mercado, na medida em que essa firma está sujeita à maior tentação de ganhar participação antes que as outras firmas possam responder e, ao mesmo tempo, tem menos a perder em lucros com a punição que leva o lucro de todas as firmas para igualarem-se a zero (...). A firma menor desempenha o papel de maverick, quer dizer, a firma mais inclinada à deserção com relação ao resultado colusivo (SHAPIRO, 2007, p. 36).

Embora seja instrutivo, o modelo simples (que supõe simetria entre posições de mercado e custos) é incapaz de capturar os outros fatores mencionados acima, os quais tendem a ser ainda mais importantes na prática. De particular relevo é a tentação a que está sujeita uma firma pequena para declinar da participação do arranjo colusivo ou secretamente oferecer preços mais baixos a seus clientes para atender, digamos, 4% em vez de 2% do mercado. Uma vez que cortes de preços adotados por uma firma pequena são menos provavelmente observados ou inferidos pelas outras firmas do que seriam cortes de parte de firmas maiores, a presença de firmas pequenas no mercado que são capazes de se expandir é especialmente disruptiva para a colusão efetiva” (SHAPIRO, 2007, p. 36, tradução nossa)<sup>33</sup>.

Coagir as empresas menores a participarem de um acordo, com ameaça crível de retaliação, é a estratégia dominante para as empresas de maior porte, enquanto operar de forma independente – em deserção ao cartel – ao tempo em que “se guarda as aparências” de modo a evitar a retaliação, é a estratégia dominante para as empresas da franja.

A estratégia dominante torna-se organizar um cartel, coagir a franja do mercado a respeitar suas normas - seja compartilhar informações sobre preços e propostas a clientes potenciais, seja participar de reuniões convocadas pelas líderes - sob pena de retaliação capaz de inviabilizar a sobrevivência no mercado das concorrentes menores e, no momento seguinte, consolidar os ganhos obtidos durante a organização do cartel obtendo a imunidade conferida pelo acordo de leniência<sup>34</sup>.

Harrington (2009, p. 42) reforça o ponto feito acima, em análise da colusão entre firmas com diferentes fatores de desconto – diferentes valorações de ganhos por curso de ação no curto e longo

32 Implicamente supõe a aplicação de um modelo simples com empresas idênticas em tamanho e custo.

33 *Asymmetries in market shares tend to make it more difficult to sustain collusion. For illustrative purposes, suppose that firm  $i$  has a market share of  $s_i$ . The condition for this firm to cooperate rather than defect is  $s_i \pi(P)/(1-\delta) > \pi(P)$ , which can be written as  $s_i > 1-\delta$ . This condition will be most difficult to meet for the firm with the smallest market share, since this firm has the greatest temptation to gain share before the other firms can respond and also the least profits to lose from punishment that renders all firms' profits equal to zero. Defining  $s_{min}$  as the market share of the smallest firm, we get  $\delta^* = 1 - s_{min} > 1 - 1/N$ , so the firms must be more patient to sustain the collusive outcome. The smallest firm plays the role of the maverick, that is, the firm most prone to defection from the collusive outcome. While instructive, this simple model is unable to capture the other factors noted above, which tend to be even more important in practice. Of particular note is the temptation of one relatively small firm to decline to participate in the collusive arrangement or secretly to cut prices to serve, say 4% rather than 2% of the market. As long as price cuts by a small firm are less likely to be accurately observed or inferred by the other firms than are price cuts by larger firms, the presence of small firms that are capable of expanding is especially disruptive to effective collusion (SHAPIRO, 2007, p. 36).*

34 consolidação dos ganhos integrais, no caso de proposição de acordo à autoridade antes da abertura de investigação, e parcial, no caso da investigação já encontrar-se em curso.

prazo, estando associadas tais valorações às suas diferentes posições de mercado. Esse autor também demonstrou como firmas com pequena participação de mercado encontram maiores chances de aumentar sua participação de mercado – e por decorrência, sua lucratividade – em condições de competição. Essas empresas *maverick* são, portanto, particularmente “perniciosas” do ponto de vista das líderes organizadoras do cartel e sua indisposição em obedecer à disciplina do cartel “atrapalha” o objetivo de maximização de lucros ao nível de monopólio e compartilhamento, imposto pelas líderes. Quando surpreendidas descumprindo o acordo colusivo, são punidas exemplarmente, tornando crível a ameaça permanente de novas retaliações – que se concretizada representaria a inviabilização econômica da pequena rival.

## 6. CONCLUSÃO

Analisando a experiência recente do Cade no combate a cartéis, destacamos três fragilidades que merecem atenção e apontam para a necessidade de correção de rota:

- 1) percebe-se a ausência de ponderação do impacto da assimetria de posições no mercado de produto sobre o funcionamento de arranjos colusivos;
- 2) percebe-se a frequência de acordos de leniência celebrados com firmas que, além de responderem pela liderança dos arranjos colusivos, fizeram uso de coação e ameaça para obter a adesão da franja do mercado;
- 3) nota-se a ausência em investigações envolvendo práticas colusivas de análise fundamentada, seja na moderna teoria da concorrência imperfeita, seja na economia de custos de transação<sup>35</sup> que jogue luz sobre estruturas de mercado – a indicar distinções nos incentivos a orientar condutas

Um segundo aspecto do modo de aplicação da lei de defesa da concorrência no combate a cartéis merece revisão cuidadosa: A ênfase no tratamento per se de casos de cartel tem dado ensejo ao tratamento das firmas como se posições de mercado (*market share*), arranjos contratuais com clientes e fornecedores e estruturas de custo fossem homogêneos. O tratamento econômico rigoroso, fundamentado na teoria da concorrência imperfeita e na economia de custos de transação, tão consolidado em outras vertentes de aplicação da lei de defesa da concorrência, tem sido negligenciado no tratamento de casos envolvendo acusação de cartel. A suposição implícita de que firmas sejam homogêneas, com incentivos coincidentes deixa de considerar importantes assimetrias que tendem a gerar divergência em incentivos e, portanto, estratégias de atuação no mercado distintas.

Examinando as informações disponíveis sobre acordos de leniência e TCC celebrados<sup>36</sup>, nota-se a recorrência do padrão em que há um núcleo duro de empresas dominantes no mercado e uma franja – seja por atuarem em nicho, seja por terem menor escala, à mercê das práticas de coerção e retaliação impostas pelas dominantes. Diante da perspectiva de imunidade total (leniência) ou parcial (TCC), o monitoramento com ameaça de retaliação<sup>37</sup> é fortalecido, assim como geram-se

35 Análise esta firmemente enraizada na jurisprudência do Cade em suas funções preventiva e dissuasória do abuso de posição dominante.

36 Sobretudo as disponibilizadas pelo recente trabalho de Lima (2016).

37 Conforme alertou Shapiro (2007).



incentivos adicionais para manutenção dessas práticas (MOTTA; POLO, 2003).

Ao se permitir que firmas que coordenaram cartéis com uso de instrumentos coercitivos sejam beneficiadas com imunidade antitruste garante-se que, de uma só vez, as empresas líderes de cartéis tenham consolidado ganhos obtidos com a conduta de monopólio compartilhado e criem dificuldades a concorrentes, no limite, livrando-se da franja de empresas incômodas, *maverick*, capazes de desestabilizar cartéis.

A condução da política antitruste brasileira em sua vertente de combate aos cartéis merece ser revista com cuidado, para que o resultado de sucessivos acordos de leniência celebrados com firmas líderes – na coordenação de cartéis e no mercado – não venha a redundar em menor concorrência, estimulando a organização e perpetuação de cartéis. Vimos como esse efeito adverso pode ocorrer, na medida em que as líderes consigam dissuadir, seja por ameaça de retaliação, seja por punição exemplar, firmas contestadoras que se “atrevam” a enfrentar as dominantes, consolidando assim os seus ganhos anticompetitivos. O cálculo custo-benefício atual induz firmas líderes - após anos de ganhos excessivos e indevidos - a denunciar o arranjo em troca de imunidade total (leniência) ou parcial (nos casos de TCC). Ainda levam como bônus o ganho adicional de mercado, na medida em que as empresas menores, colhidas na investigação disparada por sua denúncia, fragilizam-se financeiramente ou mesmo têm sua sobrevivência inviabilizada. A(s) firma(s) dominante(s), ao obterem imunidade antitruste aumentam de seu poder de mercado e enfraquecem a franja firmas que tornava mais custosa e instável a manutenção do arranjo colusivo.

É por isso que a autoridade antitruste brasileira precisa cuidar para garantir o cumprimento do princípio teleológico da lei: proteger a concorrência. Não será punindo em desacordo com o princípio da razoabilidade e proporcionalidade firmas que de forma consistente desviam da conduta colusiva e premiando firmas que lideram cartéis que o espírito da lei será homenageado.

Finalmente, assumir o caráter *per se* da infração de cartel não descarta a necessidade de se adotar critérios de razoabilidade na análise e proporcionalidade da decisão. A defesa da concorrência, objetivo da aplicação da lei, será sempre melhor atendida quanto mais cuidadosa e profunda for a análise econômica que a fundamenta.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Análise Econômica da Defesa da Concorrência. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2011.

BAUMOL, William J; ORDOVER, Janusz. Use of Antitrust to Subvert Competition. **Journal of Law and Economics**, v. 28, n. 2, 1985.

BECKER, Gary S. Crime and Punishment: an Economic Approach. **Journal of Political Economy**, v. 76. n. 2, 1968.

BOWLES, Samuel; GINTIS, Herbert, **A Cooperative Species: Human Reciprocity and Its Evolution**. Princeton: Princeton University Press, 2010.

BRASIL. **Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000**. Altera e acrescenta dispositivos à Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade em autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, e dá outras

providências. Brasília: Presidência da República, 2000.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

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, DF: Presidência da República, 1994.

CONNOR, John M.; LANDE, Robert H. How High do Cartels Raise Prices? Implications for Optimal Cartel Fines. **Tulane Law Review**, v. 80, n. 513, 2005.

CRANDALL, Robert; WINSTON, Clifford. Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence. **Journal of Economic Perspectives**, v. 17, n. 4, 2003.

FRANCO, Gustavo H. B.; GIAMBIAGI, Fábio. **Antologia da maldade:** Um dicionário de citações, associações ilícitas e ligações perigosas. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

GLOBAL ANTITRUST ENFORCEMENT REPORT. **Allen & Overy**, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3t1zZEH>. Acesso em: 29 abr. 2022.

HARRINGTON JR., Joseph E. Modeling the Birth and Death of Cartels with An Application to Evaluating Competition Policy. **Journal of the European Economic Association**, v. 7, n. 6, 2009.

LIMA, Fernanda Mariana da. **Os programas de leniência e cooperação no Brasil:** uma análise empírica para os anos de 1994 a 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Econômicas) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

MOTTA, Massimo; POLO, Michele. Leniency programs and cartel prosecution. **International Journal of Industrial Organization**, v. 21, n. 3, 2003.

MOTTA, Massimo; SALGADO, Lucia Helena. **Política de Concorrência:** Teoria e Prática no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência:** Brasil. Paris: OCDE, 2019.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Usando a Clemência para Combater Cartéis.** Paris: OCDE, 2002.

SALGADO, Lucia Helena. **A Economia Política da Ação Antitruste.** São Paulo: Singular, 1997.

SHAPIRO, Carl. Antitrust. In: **Handbook of Law and Economics.** POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven (ed.). Amsterdam: North-Holland, 2007.

SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency and whistleblowers in antitrust. **CEPR Discussion Paper**, n. 5794, 2006.

STIGLITZ, Joseph E. **The Economics of Public Sector.** 3. ed. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 2010.

#### COMO CITAR ESTE ARTIGO:



SALGADO, Lucia Helena. Avaliando a eficácia da política brasileira de combate aos cartéis: dissuasão ou promoção? **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 1., p. 7-29, 2022.