

## O ACORDO DE LENIÊNCIA: AVANÇO OU PRECIPITAÇÃO?

**Ibrahim Acácio Espírito Sobral**

### ÍNDICE

#### **I. INTRODUÇÃO**

#### **II. O Acordo de Leniência**

2.1 O Conceito de Leniência e suas Modalidades

2.2 O Objeto do Acordo de Leniência: Os Cartéis e sua Ilicitude

2.3 Requisitos

Informação e sua fonte

2.3.2 Forma de cooperação

2.3.3 Sigilo e confissão A Atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica -CADE

#### **III. A experiência estrangeira** Iniciativas no Âmbito da O CDE

3.2 O “*Amnesty Program*” do Departamento de Justiça dos EUA

#### **IV. A EFETIVIDADE DO ACORDO DE LENIÊNCIA BRASILEIRO: ASPECTOS RELEVANTES**

4.1 Considerações iniciais

4.1.1 O acordo de leniência e o compromisso de cessação

4.1.2 A delicada negociação

4.1.3 Questões de natureza jurídico-normativa: aspecto criminal

4.1.4 Questões de natureza cultural: a experiência concorrencial no Brasil

#### **V. Conclusão**

#### **VI. Bibliografia**

## Introdução

*“If someone in your company has been conspiring with competitors to fix prices, here’s some sound advice. Get to the Justice Department before your co-conspirators do. Confess and the U.S. Department of Justice will let you off the hook. But hurry! Only one conspirator per cartel<sup>1</sup>”.*

Com a edição da Medida Provisória n. 2055, de 11 de agosto de 2000<sup>2</sup>, que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a previsão de celebração de acordos de leniência entre a União, por intermédio da Secretaria de Direito Econômico - SDE, e aqueles que colaborarem com o processo de investigação levado a cabo pela SDE, o ambiente concorrencial do País se depara com uma nova realidade, em boa parte representada pela mentalidade implícita na recomendação acima aposta. Os órgãos de defesa da concorrência ganharam mais um instrumento para superar o desafio constante de preservar um ambiente de concorrência saudável no mercado brasileiro, mas que, ao mesmo tempo, exigirá deles, dos agentes econômicos e dos operadores do direito uma nova postura.

O presente trabalho tem por escopo analisar criticamente o instituto da leniência recém criado de tal sorte que, a partir do estudo de seus principais elementos característicos e da experiência encontrada em outras jurisdições, seja possível determinar suas respectivas vantagens, potencialidades e desafios no cenário da defesa da livre concorrência no Brasil.

Trata-se de uma proposta ousada e controversa, exigindo cautelosa reflexão para que o referido instrumento possa efetivamente contribuir para o combate à formação e punição dos cartéis, conduzindo, conseqüentemente, à manutenção de um ambiente concorrencial justo.

## *O Acordo de Leniência*

### O Conceito de Leniência e suas Modalidades

A palavra leniência, sinônimo de lenidade (do latim *lenitate*), significa brandura, suavidade, doçura, ou mansidão<sup>3</sup>. Transpondo a definição para a seara do Direito Concorrencial, leniência pode ser vista como qualquer

---

1 NOVACK, Janet. “Fix and Tell”, Revista FORBES, 04.05.98, pág. 46.

2 Regulamentada pela Portaria do Ministério da Justiça n. 849, de 22 de setembro de 2000.

3 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio - Dicionário da Língua Portuguesa – Século XXI. Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 1999. Pág. 1200.

sanção ou obrigação que seja considerada menos severa que aquela exigida na falta de uma cooperação plena e voluntária. Quando os cartéis estiverem sujeitos a sanções criminais, a leniência normalmente adquirirá a forma de concessão de imunidade do processo criminal, mas independente disso, a leniência geralmente adquirirá também a forma de redução de multas no âmbito do processo administrativo em trâmite perante o órgão de defesa da concorrência.

A idéia de premiar aqueles que colaboram com o Estado em troca de benefícios pessoais, embora não seja inédita, é bastante recente na experiência jurídica brasileira. Com efeito, a Lei n. 9807, de 13 de julho de 1999, inovou ao admitir a possibilidade de concessão de perdão judicial àqueles réus primários que tenham efetiva e voluntariamente colaborado com a investigação e o processo criminal, matéria tratada no item 0 (Questões de natureza jurídico-normativa: aspecto criminal).

#### O Objeto do Acordo de Leniência: Os Cartéis e sua Ilicitude

A Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994 (Lei de Defesa da Concorrência) tipifica no seu artigo 21 algumas hipóteses de prática de cartel que, ao produzirem algum dos efeitos nocivos ao mercado previstos no art. 20 da mesma lei, serão consideradas como infrações à ordem econômica<sup>4</sup>.

Detalhando a caracterização contida na Lei de Defesa da Concorrência, a Resolução CADE n. 20, de 9 de junho de 1999, em seu Anexo I, que trata das práticas restritivas horizontes, define os cartéis como *“acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de*

---

4 Observado o disposto no art. 20, a fixação ou prática em acordo com concorrente de preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços (inciso I, art. 21), a obtenção ou influência na adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes (inciso II, art. 21), a divisão de mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários (inciso III, art. 21), a combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens em concorrência pública ou administrativa (inciso VIII, art. 21), e, finalmente, a regulação de mercados ou serviços por meio do estabelecimento de acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou mesmo dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou sua respectiva distribuição (inciso X, art. 21), poderão todas caracterizadas como infrações à ordem econômica.

*aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio”.*

O cartel constitui uma das estruturas básicas de gênese e exteriorização do poder de mercado<sup>5</sup>. Com efeito, essa forma de manifestação da cooperação empresarial, nas palavras de Calixto Salomão Filho, “*é caracterizada pela uniformização de certos comportamentos ou pela realização de certa atividade conjunta, sem interferir na autonomia de cada empresa, que permanece substancialmente independente naqueles aspectos de atividade não sujeitos ao acordo*”<sup>6</sup>.

Ademais, algumas das condutas que configuram o cartel, tipificadas como penalidades administrativas, também o são no âmbito penal, conforme as disposições contidas no art. 4º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990<sup>7</sup>. A qualificação do cartel como crime traz consequências importantes para a análise da potencial efetividade do programa de leniência brasileiro, conforme as ponderações contidas no item 0 (Questões de natureza jurídico-normativa: aspecto criminal).

A formação e atuação de cartéis podem ser vista como uma das infrações à ordem econômica que mais desafia os órgãos de defesa da concorrência, seja no momento da investigação, seja quando da aplicação das devidas penalidades. Dada a ilegalidade e clandestinidade que revestem a formação e atuação de cartéis, sua investigação e comprovação são bastante complexas, exigindo do órgão de defesa da concorrência mecanismos capazes de desestruturar internamente o cartel de modo que a prática venha a público.

### *Requisitos*

#### Informação e sua fonte

O primeiro requisito do programa de leniência é que a empresa ou pessoa candidata à leniência forneça informações que o órgão investigador ainda não possua. Tal exigência decorre do fato de que um dos objetivos

---

5 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. Malheiros: São Paulo, 1998. Pág. 227.

6 Ob. Cit., pág. 229.

7 De acordo o mencionado dispositivo legal, formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes visando à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas, ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas, ou ainda, ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores, constituem crime contra a ordem econômica cuja pena será a de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

primordiais de um programa dessa natureza é justamente descobrir dados acerca da existência de cartéis nunca dantes imaginados.

Com isso não queremos dizer que o acordo de leniência somente será firmado para casos de cartéis desconhecidos. Nada impede que haja a delação de cartel já existente, desde que a informação prestada seja inédita e contundente.

O desconhecimento da informação por parte da autoridade não é por si só suficiente para a aceitação da informação prestada pelo delator. As informações e documentos fornecidos deverão comprovar a infração noticiada ou sob investigação. É o que dispõe o inciso II do art. 35-B, da Lei n. 8.884/94. Ademais, a SDE não poderá dispor, à época da propositura do acordo, de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa (inciso III, § 2º, art. 35-B).

Quanto à fonte, a nova legislação prevê que o acordo de leniência só será celebrado se a empresa ou pessoa física, confessando sua participação no ilícito, seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação (art. 35-B, § 2º, inciso I). Contudo, não basta que a empresa ou pessoa venha antes dos demais co-partícipes. É preciso que a informação fornecida seja valiosa, completa e tenha credibilidade. Quanto mais avançado o curso da investigação, mais detalhada e incriminadora deverão ser os dados fornecidos pela pessoa, comprovando efetivamente a existência de cartel.

Como dissemos, as informações deverão ter credibilidade, o que implica a necessidade de confirmação dos dados fornecidos pela continuação das investigações, e para que o delator não seja alvo de futuras especulações, prejudicando o deslinde do caso.

### Forma de cooperação

A cooperação deve ser completa e contínua, já que o processo de investigação terá continuidade para identificar outros partícipes e angariar todas as provas necessárias para uma eventual aplicação das penalidades previstas nos artigos 23 e seguintes da Lei n. 8.884/94. Somente desse modo evita-se uma mudança repentina no intuito da parte delatora.

O *caput* do art. 35-B estabelece expressamente que a colaboração com as investigações e o processo administrativo deverá ser efetiva, devendo dela resultar a identificação dos demais co-autores da infração e a obtenção de informações e documentos comprobatórios da conduta ilícita.

No mesmo sentido, o inciso III, do § 2º do art. 35-B, refere-se à plena e permanente cooperação da empresa ou pessoa física candidata à

celebração do acordo de leniência, acrescentando, outrossim, que deverá a delatora comparecer, às suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até o encerramento das investigações e do processo administrativo.

As novas regras do acordo de leniência tratam também do modo de atuação da empresa ou pessoa no cartel sob denúncia, o que novamente nos leva à questão da credibilidade.

O § 1º do art. 35-B determina que não poderão se candidatar ao programa de leniência empresas ou pessoas que estiverem liderando a atuação do cartel denunciado<sup>8</sup>. O acordo de leniência não pode e nem deve servir para acobertar aqueles que estiveram à frente da conduta infracionária, e simulam uma confissão para se beneficiar pelos incentivos do programa de leniência, enquanto os demais partícipes sofrem as penalidades da lei. Além disso, exige-se a cessação completa do envolvimento da delatora na prática anti-concorrencial (inciso II, § 2º, art. 35-B).

Muito embora a intenção da parte possa não ser tão determinante para a celebração do acordo de leniência, desde que a delatora preencha os critérios legalmente postos, a legislação brasileira prevê a observância da boa-fé do infrator quando da aprovação do acordo pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e redução da penalidade administrativa, o que nos leva a crer que a lei procura evitar a manipulação pela parte delatante.

Sigilo e confissão

**EMPRESAS OU PESSOAS FÍSICAS QUE ESTÃO DELATANDO CO-INFRATORES PODEM CORRER SÉRIOS RISCOS DE RETALIAÇÃO COMERCIAL E ATÉ PESSOAL. TAIS RISCOS GERAM, PORTANTO, A NECESSIDADE DE TRATAR O ACORDO DE LENIÊNCIA DE MODO CONFIDENCIAL, DESDE O PRIMEIRO CONTATO PARA SUA NEGOCIAÇÃO.**

Por isso, é de suma importância frisar a correção do legislador ao conferir caráter sigiloso à proposta de acordo. A previsão de sigilo e o rigor no tratamento das informações confidenciais são imprescindíveis<sup>9</sup>.

---

8 Nos termos do § 2º, do art. 28, da Portaria n. 849, de 22 de setembro de 2000, editada pelo Ministério da Justiça, “reputa-se como tendo estado à frente da conduta infracionária a pessoa física ou jurídica, que tenha promovido ou organizado a cooperação na infração, dirigido a atividade dos demais co-autores ou ainda que tenha coagido alguém a cometê-la”.

9 OLIVEIRA, Gesner. Poder dos cartéis e poder burocrático. Folha de São Paulo, Dinheiro, página B-2, 19.08.00.

No que se refere ao insucesso das negociações e consequente não celebração de acordo de leniência com a SDE, o § 10º do art. 35-B dispõe que a proposta rejeitada pela SDE não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisadas. Inobstante tal medida protetiva, é possível que a SDE, após o frustrado acordo, instaure averiguações preliminares para investigar a prática delatada sem sucesso.

### A Atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica -CADE

Nas hipóteses em que a celebração do acordo de leniência com a SDE ocorrer sem que a Secretaria tenha conhecimento prévio da infração à ordem econômica, a atuação do CADE ficará adstrita à verificação do cumprimento do acordo e consequente decretação da extinção punitiva por parte da Administração Pública em favor do infrator (inciso I, § 4º, art. 35-B).

Nos demais casos, após a verificação do cumprimento do acordo, o CADE, ao julgar o processo administrativo, deverá reduzir de um a dois terços as penas aplicáveis, levando em consideração (na gradação da pena) a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência (inciso II, § 4º, art. 35-B).

Nesse último caso, vale destacar que o § 5º do art. 35-B prevê que a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais co-autores da infração, evitando-se uma eventual distorção de apenamento menor àquele infrator não alcançado pelo acordo de leniência em detrimento daquele que efetivamente colaborou com o Poder Público.

### *A experiência estrangeira*

#### Iniciativas no Âmbito da OCDE

Dada a nocividade da atuação de cartéis para a livre concorrência, especialmente no tocante aos cartéis internacionais, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE vem buscando promover um maior grau de intercâmbio entre os países membros. Para tanto, a *Committee on Competition Law and Policy* vem incentivando a interação entre os países membros de modo a proporcionar um maior grau de cooperação e coesão na implementação de programas de leniência.

Vários órgãos de defesa da concorrência em outros países como EUA, Reino Unido, Canadá, Coreia e a União Européia instituíram programas

de leniência para encorajar os infratores a revelarem os segredos relativos aos cartéis dos quais participam, bem como confessar a prática ilegal e indicar demais participantes.

De um modo geral, a experiência internacional tem demonstrado que, com programas de leniência, as provas são muitas vezes obtidas mais rapidamente, a um custo mais baixo, o que acaba por propiciar uma solução mais eficiente dos casos.

Dentre as iniciativas já em fase adiantada de aplicação, destaca-se o “*Amnesty Program*” promovido pelo Departamento de Justiça dos EUA desde 1993, e o programa criado no âmbito da União Européia lançado em 1996.

Apresentam-se a seguir alguns aspectos relevantes do programa Norte-Americano, haja vista seu pioneirismo e os sucessos que vem obtendo na prevenção e repressão ao abuso do poder econômico consubstanciado na formação e atuação de cartéis.

#### O “*Amnesty Program*” do Departamento de Justiça dos EUA

A primeira experiência de leniência corporativa nos EUA remonta a um programa criado em 1978. O referido programa dispunha que infratores que se apresentassem confessando a prática ilícita antes do início de investigações pela agência governamental poderiam receber perdão judicial no âmbito criminal. A concessão do perdão dependia de um alto grau de arbítrio por parte do governo americano em aceitar ou não o pedido de leniência. Em virtude principalmente desse elevado grau de incerteza decorrente da discricionariedade conferida ao administrador público, o programa originário não logrou êxito, resultando em pouca procura por agentes econômicos e sendo incapaz de identificar cartel internacional algum<sup>10</sup>.

Com o propósito de estender as oportunidades e aumentar os benefícios a empresas que delatassem condutas criminosas e cooperassem com o Departamento de Justiça que pode ser sintetizado pela expressão “*Making companies an offer they shouldn’t refuse*”<sup>11</sup>, foi criado, em agosto de 1993, o Programa de Leniência Corporativa, ou “*Amnesty Program*”.

---

10 HAMMOND, Scott D. Fighting Cartels – Why and how? Lessons Common to Detecting and Deterring Cartel Activity. Departamento de Justiça (EUA), September 12th, 2000.

11 Título da apresentação de Gary R. Spratling perante a Bar Association do Distrito de Columbia’s (35th Annual Symposium on Associations and Antitrust), Washington D.C., February 16th, 1999.

O programa funda-se então em três novas formas de abordagem da investigação e punição a cartéis: (i) a concessão automática de leniência se não houver conhecimento e investigação prévias; (ii) possibilidade de concessão de leniência mesmo se a cooperação se promova após iniciado o processo investigatório; e, (iii) todos os executivos, diretores e funcionários que cooperem ficam protegidos de processo criminal<sup>12</sup>. Seus requisitos são basicamente os mesmos introduzidos pela Medida Provisória n. 2.055/00.

Em agosto do ano seguinte, o Departamento de Justiça dos EUA instituiu um novo programa de leniência para pessoas físicas que se apresentassem às autoridades de modo independente, ou seja, não fazendo parte da delação realizada institucionalmente por alguma empresa em função do cargo que ocupassem.

O sucesso do programa deriva de três fatores preponderantes: a ameaça de aplicação de penalidades severas, o temor da punição, e a transparência na política de atuação da agência<sup>13</sup>.

O primeiro pilar da “receita norte-americana para o sucesso” baseia-se na necessidade de haver penas que intimidem e inibam a formação e atuação do cartel. Na medida em que a participação no cartel é tida como crime e o risco de prisão aos dirigentes de empresas envolvidas em um cartel é real, a colaboração com as autoridades passa a ser vantajosa e aconselhável. Com efeito, os riscos envolvidos na formação e atuação do cartel precisam ser obrigatoriamente maiores que os eventuais benefícios econômicos das condutas ilícitas intentadas ou consumadas, sob pena de serem apenas consideradas como um custo a mais na equação financeira da estratégia corporativa das empresas e seus dirigentes. Somente assim, a variedade de incentivos oferecida pelo programa será suficientemente atraente.

O programa, contudo, depende ainda de um elevado nível de credibilidade da agência promotora da livre concorrência. Sem uma agência forte e uma aplicação consolidada da legislação concorrencial como um todo, empresas e indivíduos não vislumbrarão riscos significativos de ver sua conduta ilícita devidamente apurada e punida pela autoridade competente. Cria-se também um clima de ansiedade, tensão e desconfiança entre competidores, abalando os cartéis já existentes e inibindo cartéis futuros.

---

12 SPRATLING, Gary G. Making companies an offer they shouldn't refuse. Departamento de Justiça (EUA), February 16th, 1999.

13 HAMMOND, Scott D. Fighting Cartels – Why and how? Lessons Common to Detecting and Deterring Cartel Activity. Departamento de Justiça (EUA), September 12th, 2000.

Por último, é preciso que a conduta da agência seja transparente, transmitindo a segurança e confiança necessárias à participação no programa. Se potenciais candidatos à leniência não tiverem previsibilidade e clareza na contrapartida governamental, a chance de delação certamente diminuirá. A transparência deve se fazer presente em todas as etapas do processo, desde a negociação, passando pela celebração do acordo, até chegar na aplicação do perdão e/ou multas mais brandas. A agência encarregada do programa deverá, outrossim, envidar seus maiores esforços para tornar público a política de leniência que vem sendo adotada.

Esse último pilar é crucial na visão de Scott D. Hammond, segundo o qual, *“prospective amnesty applicants come forward in direct proportion to the predictability and certainty of whether they will be accepted into the program. Uncertainty in the qualification process will kill an amnesty program”*.

Desde sua criação, o *“Amnesty Program”* se transformou no mais eficiente instrumento de investigação para a descobrir e enfrentar os cartéis. Somente nos últimos dois anos, as multas aplicadas em virtude da investigação e condenação de cartéis decorrentes da adesão de infratores ao Programa ultrapassaram o montante de US\$ 1 bilhão<sup>14</sup>, enquanto o número de propostas de adesão ao programa passou a ser em média de quase dois interessados por mês<sup>15</sup>.

### *A Efetividade do Acordo de Leniência Brasileiro: Aspectos Relevantes*

#### Considerações iniciais

Após a análise do acordo de leniência, conforme nova redação do art. 35 da Lei n. 8.884/94, acompanhado de breve estudo dos exemplos advindos do Direito Comparado, passa-se agora à abordagem de alguns pontos que merecem especial atenção em razão da estreita relação que guardam com a questão central do nosso estudo, qual seja, da efetividade do acordo de leniência brasileiro.

#### O acordo de leniência e o compromisso de cessação

Para Lúcia Helena Salgado, ex-conselheira da CADE, a criação do acordo de leniência “poderia ter sido feita há tempos pelo secretário da SDE,

---

14 HAMMOND, Scott D. Ob. Cit. Pág. 5.

15 SPRATLING, Gary R. Ob. cit. Pág. 2.

sem nenhum estardalhaço e por instrumento infralegal, a partir do compromisso de cessação previsto na lei que define atenuantes para as multas aplicadas pelo CADE<sup>16</sup>”.

Cabe de pronto discutir o entendimento supra citado à luz das mudanças ocorridas na Lei n. 8.884/94. De fato, os institutos são similares na medida em que pressupõem que o infrator apresente-se perante a Administração Pública em busca de um acordo, a SDE não disponha de provas suficientes para proceder à condenação e o infrator comprometa-se a cessar a prática tida como ilícita.

Disso não decorre, todavia, a possibilidade de equiparação dos institutos. O acordo de leniência possui uma amplitude e grau de sofisticação maiores que o compromisso de cessação. O acordo de leniência é mais abrangente, já que exige que o delator ofereça provas da conduta ilícita de outros agentes econômicos, o que não se verifica no compromisso de cessação, no qual o infrator simplesmente compromete-se a cessar sua prática infrativa, não se exigindo dele qualquer comprovação de práticas de terceiros.

O compromisso de cessação por si só não dispõe de elementos suficientes para a descoberta e desmantelamento de cartéis. Aliás, o compromisso de cessação pode dizer respeito a qualquer infração à ordem econômica, ao passo que o acordo de leniência visa especificamente combater cartéis.

Tem-se, outrossim, que se exige a aprovação do compromisso de cessação pelo plenário do CADE, enquanto o mérito do acordo de leniência é competência da SDE, cabendo ao CADE somente decretar a extinção da punibilidade ou determinar o nível de diminuição da penalidade a ser aplicada quando do julgamento da prática. Ademais, o acordo de leniência implica a confissão pela candidato a leniência, o que não se verifica no compromisso de cessação.

O próprio legislador reconhece a especificidade de cada um dos instrumentos. Ao inserir o § 5º no art. 53 da Lei n. 8.884/94, o legislador retirou a possibilidade de celebração de compromisso de cessação em relação às infrações à ordem econômica relacionadas ou decorrentes das praticadas elencadas no art. 21 como cartéis<sup>17</sup>.

---

16 SALGADO, Lúcia Helena. Abusos em nome da livre concorrência. *Gazeta Mercantil*, 30 de setembro de 2000.

17 Vale notar que a Medida Provisória não incluiu dentre as exceções ao art. 53 da Lei n. 8.884/94, a prática tipificada no inciso X do art. 21, o que é de causar estranheza, por também se tratar de cartel.

## A delicada negociação

Faz-se mister a necessidade de transparência e credibilidade dos órgãos de defesa da concorrência na condução das negociações com o candidato a leniência. Considerando que a agência normalmente não saberá da existência da prática anti-concorrencial, o processo de assinatura de um acordo de leniência geralmente começará pela aproximação do particular.

A negociação certamente será delicada. Por um lado, o Poder Público precisa saber quão valiosa é a informação, consequentemente requerendo maiores detalhes. Por outro, o particular ficará reticente por não saber se a imunidade será outorgada ou não.

Entretanto, é provável que muita cautela seja demandada, não obstante a previsão legal acima citada, especialmente, numa fase inicial de implementação, como se verá daqui em diante.

### Questões de natureza jurídico-normativa: aspecto criminal

Conforme tratado no item 0 (Objeto do Acordo de Leniência: os cartéis e sua ilicitude), formar acordo entre ofertantes visando à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas, ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas, ou ainda, ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores, constituem crimes contra a ordem econômica, sujeitas à propositura de ação penal pública incondicionada por parte do representante do Ministério Público.

Em princípio, de nada adiantaria a um particular assinar um acordo de leniência com a SDE, se, mesmo após o acolhimento do acordo pelo CADE e consequente extinção da ação punitiva da Administração Pública contra o denunciante, ele fosse ser alvo de uma ação penal promovida pelo Ministério Público. Não haveria, assim, um benefício substancial para o denunciante, que seria alvo de novo processo de investigação e julgamento.

A limitação do acordo de leniência à esfera administrativa restringe o potencial de aplicabilidade e de atratividade do acordo. É bem verdade que a Lei n. 9807, de 13 de julho de 1999, estabeleceu que o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, poderá conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado<sup>18</sup>.

---

18 Ocorrerá o perdão judicial, se o acusado, réu primário, tiver colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, resultando a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa, a localização da vítima com a

A aplicação desse dispositivo legal, regado a um certo esforço hermenêutico para atender a todas as exigências da lei penal, é possível mas deixa a desejar.

Vê-se, pois, que a questão criminal não foi resolvida, sendo necessário que o delator responda e colabore em todo o processo criminal, na esperança de lhe ser concedido o perdão. O ideal seria que houvesse concessão de perdão judicial também no âmbito criminal no momento do julgamento pelo CADE<sup>19</sup>, aumentando o interesse pessoal e a segurança jurídica para os denunciante procurarem a SDE<sup>20</sup>.

### Questões de natureza cultural: a experiência concorrencial no Brasil

Talvez a questão de maior destaque no que diz respeito à aplicabilidade do acordo de leniência seja a mudança de mentalidade que sua implementação exige.

É verdade que o CADE vem tendo, desde a entrada em vigor da Lei n. 8.884/94, uma atuação mais presente, incisiva e visível<sup>21</sup>. Entretanto, os

---

sua integridade física preservada, e a recuperação do produto do crime. A pena poderá ser reduzida de um a dois terços. Para um estudo mais aprofundado da perdão judicial na esfera penal, vide JESUS, Damásio E. de. Perdão Judicial – Colaboração Premiada – Análise do art. 13 da Lei n. 9.807/99 – Primeiras Idéias. Bolteim IBCCrim. Ano 7 – n. 82. Setembro de 1999.

19 A imunidade concomitante no âmbito penal requer mudança legislativa tanto na seara da Lei n. 8.884/94, quanto da legislação penal em vigor.

20 Inobstante a Portaria n. 849 preveja no seu art. 53 a adoção de mecanismos de articulação entre a SDE e o Ministério Público para efeito de operacionalização do programa de leniência, tal regra não produz a segurança necessária para o delator, pois não é capaz de inibir a atuação do Ministério Público necessária ao sucesso do programa de leniência.

21 A Lei n. 8.884/94 surgiu em meio a uma mudança significativa na ordem jurídico-econômica do País. A consagração constitucional do princípio da livre concorrência, como informador da ordem econômica, já delineava uma mudança paradigmática no tratamento dispensado à matéria concorrencial. Aliada a essa evolução constitucional, desde o início da década, a mudança no cenário macroeconômico do país contribuiu para que a livre concorrência encontrasse solo fértil para a sua disseminação. Tal mudança pode ser representada pela abertura da economia, de modo a inseri-la num cenário econômico de globalização, como também pela desregulamentação do mercado e o processo de desestatização, pondo fim ao forte intervencionismo estatal direto de outrora. De 1994 até os dias atuais, a defesa da livre concorrência no Brasil avançou a passos largos, se comparados às tímidas experiências anteriores desde a Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962.

órgãos de defesa da concorrência ainda enfrentam uma gama de obstáculos<sup>22</sup> à sua atuação, dificultando a promoção da livre concorrência.

Também nunca devemos esquecer que a livre concorrência tem sido alvo de atenção e debates mais vigorosos há apenas seis anos. Nada mais natural, portanto, que a cultura da concorrência se encontre em processo de sedimentação, consolidando-se gradativamente no cotidiano governamental, empresarial e da sociedade como um todo.

Ao mesmo tempo em que a cultura da concorrência está em processo de sedimentação, surge um novo instituto carregado de um pragmatismo pouco ortodoxo para os padrões brasileiros.

Tradicionalmente o Direito pátrio opta por não conceder benefícios a criminosos que, mesmo assumindo e delatando seus crimes, auxiliam na condenação de outros supostos criminosos. Tal benefício é tido com menor grau de desconfiança em países como os EUA.

A Lei n. 9.807/99 deu o passo inicial para incorporar a idéia de delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro, e a Medida Provisória n. 2.055/00 seguiu no mesmo sentido. Mas muito há de ser enraizado pela prática jurídica brasileira.

A concessão do perdão incomoda aqueles que entendem que, na medida em que as autoridades concedem benefícios a violadores da lei, o aplicador estaria na verdade deixando de cumprir seus deveres. Não caberia, assim, ao aplicador da lei concorrencial (ou mesmo penal) discernir sobre o oportunismo de reduzir ou não a pena.

Tal entendimento, para que o acordo de leniência possa se revestir de eficácia, não pode permanecer na cultura jurídica nacional. Algum grau de ponderação dos ganhos e perdas com a assinatura do acordo tem que existir, em prol da preservação da livre concorrência. Os benefícios gozados pelos consumidores em virtude da constatação e punição aos cartéis superariam a necessidade de punição de todos os co-partícipes do segmento cartelizado.

### *Conclusão*

A efetividade do acordo de leniência está intimamente ligada à efetividade da própria Lei n. 8.884/94. Com efeito, o fortalecimento institucional dos órgãos de defesa da concorrência implicará uma maior probabilidade de sucesso do instituto da leniência. A credibilidade na forma

---

22 A insuficiência de recursos financeiros e carência de recursos humanos estão entre os principais causas impeditivas de uma atuação mais incisiva e vigorosa por parte dos órgãos de defesa da concorrência.

de atuação aliada à efetiva execução e fiscalização das decisões do CADE, da SDE e da Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE certamente influenciarão a eficácia na implementação da inovação legislativa trazida com o acordo de leniência.

Do mesmo modo, as barreiras enfrentadas atualmente pelos órgãos de defesa da concorrência, tais como o subinvestimento por parte do Governo, a falta de um quadro de pessoal permanente no CADE, entre outros, igualmente criarão óbices ao sucesso do programa de leniência.

Como vimos, o acordo de leniência brasileiro, do ponto de vista jurídico-normativo, congrega importantes características de programas de leniência existentes em outras jurisdições, podendo ser considerado um instrumento de vanguarda na prevenção e repressão aos cartéis. Ressalta-se, entretanto, a pouca sintonia e insegurança que se verificam do ponto de vista criminal da qual tratamos no item 0 (Questão de natureza jurídico-normativa: aspecto criminal), bem como o zelo necessário com a assimilação das experiências extraídas do Direito Comparado, sem a devida observância das peculiaridades do mercado brasileiro.

O solo para a aplicação do acordo de leniência é bastante fértil, ainda mais se levarmos em consideração a carência de instrumentos e timidez verificada na investigação e punição a cartéis pelos órgãos de defesa da concorrência<sup>23</sup>. A SDE tem demonstrado estar atenta às práticas comerciais realizadas em vários segmentos como a indústria de trigo, siderurgia, aviação, vitaminas, a atuação dos postos de combustíveis e empresas de assistência médica.

A criação de um programa de leniência no Brasil constitui de fato um avanço, pois equipa a SDE com um instrumento que tem se mostrado capaz de contribuir significativamente para o combate aos cartéis no mundo afora, dispondo tal acordo de requisitos e mecanismos suficientes para um potencial incremento no combate aos cartéis.

Resta saber, contudo, se a pouca experiência brasileira na promoção da livre concorrência (não obstante os grandes avanços alcançados desde 1994), a fase de consolidação de uma cultura da concorrência no cotidiano governamental, empresarial e acadêmico, aliada ao cenário turbulento de mudanças nas atribuições e relação entre os órgãos de defesa da concorrência (representada pelos estudos de criação da agência reguladora para o setor),

---

23 Em recente artigo publicado no Jornal Folha de São Paulo, de 24.06.00, Gesner Oliveira destaca que a primeira punição a um cartel clássico (siderurgia) ocorreu somente em 1999, quando o CADE aplicou multas de aproximadamente R\$ 55 milhões a três siderúrgicas em virtude de acordo de preços.

serão capazes de inibir o potencial transformador trazido pelo programa de leniência.

## BIBLIOGRAFIA

COELHO, Fábio Ulhôa. *Direito Antitruste Brasileiro*. Saraiva: São Paulo, 1995.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio – Dicionário da Língua Portuguesa – Século XXI*. Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 1999.

GRIFFIN, James A. *An inside look at a cartel at work: common characteristics of international cartels*. Department of Justice (EUA), April 6<sup>th</sup>, 2000.

HAMMOND, Scott. *Fighting cartels – why? And how? Lessons common to detecting and deterring cartel activity*. Department of Justice (EUA), September 12<sup>th</sup>, 2000.

JESUS, Damásio E. de. *Perdão Judicial – Colaboração Premiada – Análise do art. 13 da Lei n. 9.807/99 – Primeiras idéias*. Boletim IBCCrim. Ano 7 – n. 82. Setembro de 1999

NOVACK, Janet. *Fix and Tell*. Revista Forbes, de 04 de maio de 1998.

SALGADO, Lúcia Helena. *Abusos em nome da livre concorrência*. Gazeta Mercantil, de 30 de setembro de 2000. São Paulo, SP.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. Malheiros Editores: São Paulo, 1998.

SPRATLING, Gary R. *Transparency in enforcement maximizes cooperation from antitrust offender*. Department of Justice (EUA), October 15<sup>th</sup>, 1999.

\_\_\_\_\_. *Making companies an offer they shouldn't refuse*. Department of Justice (EUA), February 16<sup>th</sup>, 1999.

OLIVEIRA, Gesner. *Poder dos cartéis e poder burocrático*. Folha de São Paulo, de 19 de agosto de 2000. São Paulo, SP.

\_\_\_\_\_. *Combustíveis e risco regulatório*. Folha de São Paulo, de 12 de agosto de 2000. São Paulo, SP.

\_\_\_\_\_. *Os cartéis internacionais e o Brasil*. Folha de São Paulo, de 24 de junho de 2000. São Paulo, SP.