

**BALCÃO ÚNICO PARA OS ‘PRIMEIROS A TOCAR O SINO’
EM ACORDOS GLOBAIS DE LENIÊNCIA**

SINGLE BALCONY FOR THE ‘FIRST TOUCHING THE BELL’ IN
GLOBAL LENIENCE AGREEMENTS

Michel Angelo Constantino Oliveira*
Dany Rafael Fonseca Mendes**
Gabriel Paes Herrera***

* Doutor em Economia pela Universidade Católica de Brasília – UCB. Professor da Universidade Católica Dom Bosco – UCDB. E-mail: michelangelo111@gmail.com

** Mestre em Análise Econômica do Direito pela Universidade Católica de Brasília – UCB. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto-UFOP. Professor do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. E-mail: rafael.dany@gmail.com

*** Mestre em Ciências Ambientais e Sustentabilidade Agropecuária pela Universidade Católica Dom Bosco – UCDB. E-mail: gabrielherrera27@hotmail.com

Como citar: OLIVEIRA, Michel Angelo Constantino; MENDES, Dany Rafael Fonseca; HERRERA, Gabriel Paes. Cidadania e políticas públicas no contexto do programa de educação previdenciária – PEP. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 3, p. 41-55, dez. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n3 p 41. ISSN: 1980-511X.

Resumo: Neste trabalho, assumindo os benefícios sociais relativos à defesa da concorrência, serão inicialmente expostos os problemas causados pela conduta de acordos ilegais entre “concorrentes” de mercado (cartéis). Em consequência dessa conduta socialmente indesejada, o tratamento destinado por diferentes países em programas de leniência será apresentado, incluindo-se, nesses programas, uma solução que vem ganhando força no combate aos cartéis mundo afora: a senha para o primeiro denunciante. Mais à frente, após a explicação da lógica que, na elaboração desses acordos de anistia, há por trás da leniência, o presente estudo cuidará de seu problema fundamental, ou seja, o excesso de jurisdições para acordos de leniência – que, em âmbito mundial, gera ineficiências ao sistema de defesa da concorrência. Como uma possível solução para esse excesso de jurisdições cuidando dos mesmos acordos, esta pesquisa abordará a proposta de um “balcão único para os primeiros a tocar o sino”, ou seja, a sugestão de se criar um sistema global de distribuição de senhas unificadas para acordos de leniência que, porventura, envolvam diversos países.

Palavras-chave: Concorrência; Cartéis; Acordos de leniência; Senhas; Balcão único.

Abstract: This study, as a whole, assumes the social benefits of market competition, where unethical behavior, such as illegal agreements between market competitors (i.e. cartels), causes problems for the global system of free markets. Because of this socially undesirable conduct, countries have different leniency programs, which idealize solutions that are gaining strength in the fight against cartels worldwide. Moreover, this paper explores the logic behind leniency agreements in the elaboration of amnesty agreements. Furthermore, this study tackles another fundamental problem: the excess of jurisdictions in leniency agreements – which, at the global level, restricts the global system of free market defense. With this problem in mind, this research proposes a solution for the excess of jurisdictions and investigates another approach: a proposal of a “one-stop shop for the first bells”, that is, a global system of distribution of unified passwords for leniency agreements that may involve a number of countries.

Keywords: Competition; Cartels; Leniency agreements; Markers; One-stop shop.

INTRODUÇÃO

Como pressuposto basilar para as análises que se seguirão, é imprescindível deixar claro que, para os fins do presente estudo, concorrência se traduz por competitividade, mais especificamente, por competição de mercado. Portanto, de início, esclarece-se que: i) as relações econômicas que, diferentemente do modelo ocidental contemporâneo, não se arranjam em torno do mercado (como é caso, por exemplo, das organizações sociais tradicionais, das sociedades nas quais a propriedade é estatizada etc.) não farão parte deste trabalho; e ii) embora não haja, no mundo real, um mercado de competição perfeita (GICO JUNIO, 2006), o termo “concorrência” será aqui empregado como sinônimo de disputa entre concorrentes pelo mercado consumidor. Nesse sentido e de acordo com Ragazzo (2006), garantir a livre concorrência “é a melhor forma de maximizar o bem-estar social¹”, notadamente, no que se refere à majoração da eficiência alocativa², da eficiência produtiva³ e da capacidade de inovação⁴. Assim, nos termos deste autor, a concorrência produz amplos benefícios, em larga escala, para toda a sociedade, todavia, a proteção ao princípio da livre concorrência não se confunde – tampouco deve se confundir – com a defesa deste ou daquele concorrente.

Se, em termos sociais, a competição é benéfica para o mercado de consumo e, em última análise, para o consumidor, a defesa da concorrência pode ser resumidamente ilustrada em duas frentes: uma relacionada aos problemas de estrutura societária, como é o caso das incorporações e fusões de organizações empresariais; outra relativa às condutas anticompetitivas, como é o caso do abuso de posição dominante e – sendo o objeto do presente estudo – dos cartéis. Estes acordos entre concorrentes, ilegais em praticamente todas as legislações mundo afora, estão relacionados à combinação de preços e/ou de participação (*share*) de mercado. Na visão da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2015)⁵, os cartéis, por constituírem a violação mais comum e mais flagrante do direito de defesa da concorrência, figuram no foco principal da política antitruste⁶.

1 Mais sobre maximização do bem-estar social, especialmente com relação à amplitude do conceito de sociedade, em “A Função Social da Propriedade Intelectual.” (MENDES, 2014).

2 “A eficiência alocativa se realiza quando bens e/ou serviços são produzidos (em qualidade e quantidade) na medida em que os consumidores os desejam, refletindo, na exata proporção, o preço que eles estão dispostos a pagar (em outras palavras, a alocação de recursos na direção preferida pelos consumidores). Assim, reduz-se a chance de os preços e/ou serviços produzidos não serem de interesse do consumidor.” (RAGAZZO, 2006, p. 85).

3 Segundo Ragazzo (2006, p. 85), “a eficiência produtiva, por sua vez, diz respeito à capacidade de produzir e de distribuir a custos mais baixos. A pressão contínua decorrente da concorrência dos agentes econômicos competidores incentiva os produtores e distribuidores a reduzirem custos e, conseqüentemente, a praticar preços menores, sob pena de perderem clientes para outros negócios mais eficientes.”

4 “O processo de adequação às preferências do consumidor representa o incentivo necessário para que os agentes econômicos invistam em pesquisa e tecnologia, de forma a melhorar os seus produtos e serviços. Intuitivamente, aqueles que não tiverem sucesso nessa empreitada perdem espaço.” (RAGAZZO, 2006).

5 Segundo o Ministério da Fazenda (BRASIL, 2017), a OCDE “atua nos âmbitos internacional e intergovernamental e reúne os países mais industrializados do mundo e alguns países emergentes, como México, Chile, Coreia do Sul e Turquia. No âmbito da Organização, os representantes efetuam o intercâmbio de informações e alinham políticas, com o objetivo de potencializar seu crescimento econômico e colaborar com o desenvolvimento de todos os demais países membros”. E, “Embora não seja membro da OCDE, o Brasil, como *key partner* (parceiro-chave), pode participar de Comitês da Organização e de inúmeras áreas de trabalho. O país tem integrado as atividades patrocinadas pela Organização e por seus órgãos técnicos, sobretudo seminários e reuniões de grupos de trabalho, com a presença de peritos brasileiros de áreas especializadas” (BRASIL, 2017).

6 A regulação que busca pela restrição da formação de “trustes”, cartéis e/ou de combinações similares, nomeia-se

A maioria das jurisdições mundiais tem desenvolvido, ou vem desenvolvendo, programas que oferecem leniência⁷ aos membros de carteis, a fim de incentivar os violadores da legislação concorrencial a procurar as autoridades responsáveis pela defesa da concorrência⁸, confessando sua participação em determinado cartel e, em primeira mão, denunciando os demais participantes, por meio de evidências trazidas pelo próprio denunciante (*insider*), o qual fornece provas convincentes da conduta ilegal dos membros do cartel. Ainda segundo a OCDE (2015), por meio desses acordos, as evidências são obtidas mais rapidamente e, em comparação com outros métodos de investigação, mediante menor custo direto. Para obter tais informações, às partes que as fornecem são prometidas: multas mais baixas, sentenças mais curtas, resoluções menos restritivas, ou, até mesmo, a anistia completa (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2015).

O presente trabalho vai se concentrar em um recurso específico, que compõe alguns programas de leniência: o primeiro da fila ou, ainda, o “primeiro a tocar o sino” – para o qual, neste estudo, serão adotados, como sinônimos, os termos “senha” e/ou “marcador” (“*marker*”). Trata-se do reconhecimento daquele denunciante que, diante de sua participação em uma violação das regras de concorrência, especialmente com relação às condutas, registra a data de sua propositura de acordo (ou aplicação do pedido) em determinado programa de leniência. O objetivo do “primeiro a tocar o sino” é estabelecer a posição do requerente (aplicante) em relação a outros candidatos a um acordo no mesmo programa de leniência, garantindo a posição privilegiada ao denunciante primitivo, ou seja, o primeiro a tocar o sino. O benefício – o qual poderia ser entendido como uma espécie de senha para determinada fila de espera pela conclusão de uma denúncia “espontânea” – é concedido para permitir que, por um período limitado, o aplicante, primeiro da fila, disponha de tempo para recolher informações adicionais sobre o cartel do qual tenha participado. Afinal, as provas produzidas pelos *insiders*, em função do mecanismo de barganha presente em políticas de leniência, são fundamentais ao aperfeiçoamento do pedido de acordos dirigidos às autoridades antitruste.

Apesar dos fins e objetivos comuns de sistemas de senha nacionais, há várias diferenças entre os procedimentos adotados pelas autoridades de defesa da concorrência de cada Estado

“antitruste”. No Brasil, em respeito ao princípio da livre concorrência (BRASIL, 1988), a regulamentação que visa coibir as práticas anticoncorrenciais (como formação de cartéis e abuso de posição dominante, por exemplo), encontra-se lastreada na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (BRASIL, 2011), que, além de promover alterações na legislação penal, para prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC.

7 Para os fins deste trabalho, o termo leniência será usado para descrever todos os programas que, em troca de informações e cooperação com as autoridades de defesa da concorrência, fornecem alguma redução nas sanções relativas às normas concorrenciais. Logicamente, a anistia, sendo uma dessas espécies de sanção “premiada”, está incluída no conceito mais geral de leniência. Para os fins deste artigo, a expressão “programa de leniência” será usada com referência a um programa de anistia (com referência ao termo “imunidade”, sem quaisquer sanções para o denunciante) e, ainda, relativamente a um programa de leniência (que abrange benefícios na forma de qualquer redução sanções que seriam impostas a candidatos que não se qualificam para a imunidade).

8 Em âmbito nacional, a proteção ao princípio constitucional da livre concorrência é de competência e jurisdição do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE, 2017), uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, que exerce, em todo o território nacional, as atribuições dadas pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (BRASIL, 2011), decidindo sobre a matéria e disseminando a cultura da livre concorrência.

(jurisdição). Em resumo, esses sistemas buscam alcançar um equilíbrio entre os requisitos de configuração do *marker* altos o suficiente para filtrar os candidatos que tenham pouca informação relevante e, na outra mão, baixos o suficiente para que um potencial pedido de leniência não seja desencorajado. O atual aparelho de leniência, justamente por envolver vários sistemas nacionais de fila, cria potenciais desafios para um possível pedido de acordo com as autoridades antitruste, especialmente quando se trata de candidatos a denunciante que fazem parte de cartéis multijurisdicionais, desejosos de garantir seu lugar (senha) numa fila que, dependendo da conduta envolvida, invade várias jurisdições, em seus respectivos países.

No intuito de promover uma solução viável para o dilema relativo à obtenção de senha para acordos de leniência em diferentes jurisdições, a comunidade empresarial tem, com o apoio da BIAC (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2014), sugerido que, por diversos motivos, alguns dos quais serão resumidamente expostos neste estudo, a colaboração de denunciante poderia ser facilitada mediante a adoção de um sistema de senhas em guichê único, denominado *one-stop shop*. Nesse sistema de balcão único, o primeiro a tocar o sino no guichê pré-determinado, do tipo *one-stop shop*, seria tratado, nas demais jurisdições de defesa da concorrência envolvidas, com os privilégios comumente reservados ao denunciante primitivo nacional.

Partindo do pressuposto de que a concorrência é benéfica para a sociedade (RAGAZZO, 2006) e considerando, ainda, a conduta de cartéis como a expressão mais clara de transgressão às regras de competição (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2015), o primeiro objetivo do presente trabalho é apresentar os programas de combate a esses comportamentos indesejados, notadamente com relação à leniência para os denunciante e ao sistema de senhas já adotado em várias jurisdições; e, a partir do sucesso dessas políticas, e do consequente aumento de complexidade jurisdicional, reapresentar a proposta de balcão único (*one-stop shop*) para o primeiro a tocar o sino (*marker*), tratando dos custos e benefícios de implementação deste sistema.

Na persecução de seus objetivos, por se tratar de estudo com metodologia expositiva e qualitativa, este manuscrito será dividido em seis seções. Nesta “Introdução” (seção 1), o problema da conduta colusiva⁹ dos cartéis – juntamente com as considerações iniciais sobre as propostas de soluções e suas consequências – foi resumidamente exposto. Logo a seguir, na seção 2, “Cartéis e Programas de Leniência”, em consequência da conduta indesejada supracitada, o tratamento destinado por diferentes jurisdições em programa de leniência será apresentado. Mais à frente (seção 3), na etapa destinada à “Lógica da Leniência”, o presente trabalho cuidará da dialética que há por trás da conduta anticompetitiva e, adicionalmente, da coerência lógica do sistema de leniência. Na seção 4, o problema fundamental deste estudo, ou seja, o excesso de jurisdições para acordos de leniência – que, em âmbito mundial, gera ineficiência para o sistema de defesa da

⁹ Para maiores esclarecimentos sobre o termo, sugere-se “Cartel - Teoria Unificada da Colusão”, de Gico Junior (2006).

concorrência – será exposto em “Sistema de Senhas em Programas de Leniência”. Como solução para a insegurança jurídica referida na seção 4, esta pesquisa abordará a proposta de um “Balcão Único para os Primeiros a Tocarem o Sino” (seção 5). Por fim, na seção 6, as “Considerações Finais” serão resumidamente apresentadas, ultimando, assim, o constructo de subsídios técnicos para estudos porvindouros.

1 CARTÉIS E PROGRAMAS DE LENIÊNCIA

A avaliação das perdas sociais advindas das condutas que, como ocorre no caso dos cartéis, envolve o conceito de perdas dinâmicas e estáticas advindas da elevação artificial dos preços acima do nível ideal, o qual em condições competitivas, prevaleceria para o mercado consumidor. Esse desequilíbrio de preços artificialmente imposto pelos “cartelistas”, portanto, prejudica o consumidor, seja porque os consumidores finais pagam um preço mais elevado por determinado produto (perda dinâmica), seja porque, em função da uma conduta de cartel e da cotação máxima tolerada pelo comprador, não há bens suficientes para o consumo (perda estática). De qualquer maneira, em termos de lesões econômicas computáveis, trata-se de um custo social altamente relevante (GICO JUNIOR, 2006). Embora não seja fácil avaliar, em termos econômicos, os danos exatos provenientes de condutas anticompetitivas, a (Organisation for Economic Co-operation and Development (2015) estima que, a cada ano, os cartéis sejam responsáveis por centenas de bilhões de dólares em prejuízos para a economia mundial¹⁰, ou seja, mais de um trilhão de reais por ano.

Atentas aos potenciais danos supramencionados, autoridades de defesa da concorrência de todo o mundo têm feito da luta contra os cartéis uma prioridade, impondo sanções cada vez mais severas, não apenas contra as organizações empresariais, mas também em desfavor de indivíduos que, de alguma forma, contribuem para a realização de condutas anticompetitivas (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2015). Os sistemas de denúncia premiada, com recompensas para o primeiro a tocar o sino, buscam aliviar essa tensão de mercado, fornecendo um mecanismo para que, contando apenas com informações iniciais sobre a sua participação num cartel, potenciais denunciadores possam abordar uma agência de defesa da concorrência, em troca de um compromisso para manter o seu lugar na linha de benefícios, por um período finito.

Os programas de leniência têm por alvo a elaboração de informações que, mediante acordos entre denunciadores e autoridades de defesa da concorrência, são levadas à jurisdição estatal por organizações empresariais de dentro do próprio cartel, aproveitando a instabilidade inerente de uma conspiração ilegal. Essa volubilidade da prática colusiva reside no fato de que, durante a prática do cartel, embora os membros do grupo façam combinações específicas (de preço e/ou de participação de mercado), estes mesmos empresários são, fora da estrutura daquele grupo ilegal,

¹⁰ Estimativa de USD 9,7 trilhões no período de 1990 a 2013, de acordo com levantamento citado pela Organisation for Economic Co-Operation and Development (2015).

concorrentes (GICO JUNIOR, 2006). E, justamente em função da competição de mercado, essas organizações têm interesse em ver seus adversários prejudicados, ou seja, a colusão é um acordo frágil, pois cada acordante deseja ver os demais membros do cartel pelas costas, bastando, portanto, um pequeno incentivo¹¹ para que o acordo seja desfeito.

A prática de oferecer tratamento “leniente” em troca da divulgação de existência de um cartel foi iniciada pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos em 1978, quando se aprovou a primeira política de leniência empresarial. No entanto, a política só começou a produzir resultados significativos apenas após a sua revisão, em 1993, que introduziu alguns dos elementos que, atualmente, são considerados críticos para a eficácia de um programa desta natureza, quais sejam: i) imunidade total para o denunciante primitivo, se não houver investigação pré-existente sobre o cartel; ii) disponibilidade de imunidade, mesmo com uma investigação já em andamento; e iii) proteção dos os agentes cooperativos de processo criminal, essencial em jurisdições com sanções penais para as pessoas físicas (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2015), ou seja, na separação entre a organização empresarial (pessoa jurídica) e o responsáveis pela delação (pessoas físicas) não deve haver distinção na imunidade, a qual deve alcançar, em seus vários níveis (de total à parcial) tanto aquelas quanto estas pessoas. Ainda segundo a Organisation for Economic Co-Operation and Development - OCDE (2015), um grande número de países já emprega políticas de leniência, com variados graus de sucesso, e muitos outros têm considerado a implementação desses sistemas de anistia e/ou alterações em programas já existentes, para melhorar a eficácia relativa às consequências da delação para a defesa da concorrência.

2 LÓGICA DA LENIÊNCIA

A justificativa por trás de uma política de leniência é geralmente de duas vertentes: aumento das taxas de detecção e, conseqüentemente, de dissuasão; e, ainda, a eficiência relativa à aplicação do programa.

A dissuasão de comportamentos anticompetitivos, objetivo proeminente do emprego de uma legislação antitruste, pode ser alcançada por meio da combinação de dois fatores. O primeiro destes é o nível das sanções (pecuniárias ou criminais) impostas aos infratores, enquanto o segundo objetivo – e, quiçá, o mais importante¹² –, a taxa de detecção, está relacionado à probabilidade de

11 Embora seja usual no âmbito da Análise Econômica do Direito (AED), também conhecida por *Law and Economics* (L&E), a comparação entre normas (e ordenamentos jurídicos) e sistemas de preços é incomum para os juristas mais tradicionais. Todavia, o embasamento teórico robusto, emprestado das Ciências Econômicas pela AED, pode contribuir significativamente para (numa simples análise de oferta e demanda, por exemplo) induzir comportamentos desejados pela sociedade ou, ainda, dissuadir condutas indesejadas (Gico Jr., 2010). Aos interessados que, a partir deste pequeno comentário, queiram um contato com uma leitura mais específica e sofisticada sobre indução de condutas, sugere-se, na linha da Economia Comportamental: “*Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*” (Thaler & Sustein, 2009).

12 Não é difícil perceber que, analisando a Equação 1, a taxa de detecção seria ponto fundamental do equilíbrio desejado pelo legislador na inibição de uma conduta ilícita. Afinal, bastaria levar o exemplo para uma situação do cotidiano, como normalmente ocorre no trânsito, por exemplo, para verificar que, a simples presença de um radar,

que uma conduta ilícita seja descoberta. Trata-se de um conceito básico da AED, metodologia que, resumida e analogicamente aplicada ao direito penal, poderia ser resumidamente representada da seguinte maneira:

Equação 1 – Dissuasão de Condutas Ilícitas

$$\text{Persuasão Normativa} = \text{Custo da Pena} * \text{Taxa de Detecção}$$

De acordo com esse conceito de persuasão, as políticas de leniência tendem a obter maior sucesso na medida em que, mediante alteração da estrutura de incentivos, majoram substancialmente a taxa de detecção para determinada autoridade antitruste. E, de acordo com a combinação proposta, a aplicação de sanções suficientemente elevadas contribui, em última instância, para a dissuasão de comportamentos anticompetitivos, objetivo final dos programas de leniência. Ainda no âmbito da AED, políticas dessa natureza, criam um dilema prisioneiros¹³ para participantes nos cartéis, fornecendo um forte incentivo para que um desses membros rompa as barreiras do acordo ilegal e escape da punição, enquanto os outros participantes sofrem altas sanções, maximizando a instabilidade inerente dos cartéis. Esse risco, quando visto a partir da perspectiva de um membro de determinado cartel, pode proporcionar um impedimento adicional de não vinculação a acordos anticompetitivos.

Ainda com referência à eficiência de programas de leniência, a aplicação da obrigatoriedade dos denunciadores ao fornecimento de informações e provas que, durante o processo de investigação, permitirá à autoridade estabelecer a existência, ou inexistência, de violação à norma jurídica necessária. As organizações empresariais têm a obrigação de cooperar com a autoridade de defesa da concorrência durante toda a investigação e, quando convocadas, prontamente responder a quaisquer requerimentos e/ou perguntas da autoridade antitruste. Dessa maneira, além da produção de provas mais robustas, vez que estas são produzidas de dentro do cartel, por um *insider*, há economia de recursos substanciais, pois boa parte da investigação é realizada pelo próprio denunciante (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2015).

visível e devidamente sinalizado, exerce maior influência no comportamento dos agentes (motoristas) do que o valor pecuniário e/ou administrativo (perda de pontos da Carteira Nacional de Habitação – CNH) da pena. Todavia, como se trata de uma equação dependente, para gerar persuasão da conduta indesejada, esta multa não pode ser irrisória, seja do ponto de vista pecuniário, seja com relação ao seu “preço” administrativo (perda da CNH). De toda forma, trata-se de um equilíbrio que, para gerar dissuasão de condutas ilícitas, precisa ser considerado, pois, de volta ao exemplo do trânsito, tanto a “multa de custo zero” quanto a “taxa de detecção zero” produzem o mesmo resultado: falha na inibição da conduta socialmente indesejada.

13 Criado por Albert William Tucker em 1950, o dilema dos prisioneiros é um problema da teoria dos jogos no qual se supõe que cada jogador, de modo independente, quer aumentar ao máximo a sua própria vantagem sem lhe importar o resultado do outro jogador. As técnicas de análise da teoria de jogos padrão podem levar cada jogador a escolher trair o outro, mas, curiosamente, ambos os jogadores obteriam um resultado melhor se colaborassem entre eles, mantendo o acordo ilícito, no caso do cartel – infelizmente, para os prisioneiros e/ou “cartelistas”, cada jogador é incentivado individualmente para defraudar o outro, e esta é chave do dilema.

A justificativa para oferecer imunidade a um membro de determinado cartel é que os benefícios para a sociedade, derivados desta cooperação, superam o interesse público em punir a organização empresarial que, visando escapar da punição, coopera. Esses benefícios incluem: a redução de custos em investigação, como resultado das provas produzidas pelo próprio requerente; o aumento da taxa de detecção; a poupança de litígios desnecessários; e, conseqüentemente, os efeitos sobre os cartéis, no sentido da desestabilização de acordos ilegais. Todos estes benefícios combinados resultam em maior dissuasão da prática de cartel pela autoridade da concorrência, sem a necessidade de investimento de recursos correspondentes. Mas quais são as razões políticas para premiar empresários por sua cooperação em uma investigação já em curso? As autoridades de defesa da concorrência são susceptíveis de se encontrar em situações nas quais – embora conscientes da existência de um cartel, como resultado de um pedido de leniência do primeiro requerente – ainda não estejam em condições de provar a infração. Em tais situações, a cooperação de outros membros do cartel pode ser a chave para um processo bem-sucedido. A cooperação de requerentes ulteriores pode contribuir para revelar fatos adicionais, quer em termos de duração, de produto, de âmbito geográfico ou, ainda, de composição do acordo ilegal. Isso pode ser particularmente útil nos casos em que a imunidade é obtida por *players* de menor significância no cartel, para os quais o peso da multa, que poderia ser considerado irrisório para os maiores membros do cartel, é fator preponderante na equação para a tomada decisão pela leniência. Assim, a cooperação de requerentes posteriores gera ganhos de eficiência, em termos de redução dos custos administrativos, já que as agências podem obter provas sem a realização de uma investigação completa.

Os candidatos subsequentes, aqueles não contemplados pela primeira senha (*marker*), podem ser recompensados por dois tipos de cooperação com a autoridade antitruste. Em primeiro lugar, para a cooperação na investigação do caso no qual o pretense denunciante perdera a corrida pela imunidade, por exemplo, fornecendo provas que corroborem a autoridade na investigação e acusação do caso em questão. Em segundo lugar, para cooperação que não se relaciona com o caso em que o requerente perdeu a corrida, mas permite que a autoridade investigue outra possível infração – a recompensa para a segunda forma de cooperação é geralmente chamada de “*anistia plus*”.

3 SISTEMA DE SENHAS EM PROGRAMAS DE LENIÊNCIA

De acordo com o International Chamber of Commerce (216)¹⁴, um sistema de senhas é a prática de reservar um lugar para um pedido de leniência por um período definido, enquanto o próprio aplicante conduz uma investigação mais aprofundada, no intuito de aperfeiçoar seu requerimento de leniência (aplicação). A posição do requerente é reservada na fila, por certo

¹⁴ Com uma rede global de mais de 6,5 milhões de membros, em mais de 130 países, a Câmara Internacional do Comércio (ICC) “trabalha para promover o comércio internacional, a conduta empresarial responsável e uma abordagem global de regulação, por meio de uma combinação própria de atividades de ‘*advocacy*’ e de definição de padrões – juntamente com os serviços de resolução de litígios do mercado.” (INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, 2017).

tempo, sob a condição de que, sempre que convidado, o aplicante forneça mais informações ou provas. Portanto, o pedido de leniência recebe uma senha, que proporciona segurança e clareza para os potenciais denunciadores, estimulando uma corrida para entrar em contato com a agência de defesa da competição. Para promover uma “corrida pela leniência”, o sistema de senhas reduz as barreiras iniciais para a entrada no programa, proporcionando transparência e previsibilidade às partes quanto ao seu potencial status na fila.

Os requisitos para obter um marcador variam entre jurisdições e, geralmente, são significativamente menores do que aqueles necessários para, eventualmente, completar o pedido de leniência. De acordo com Borrell, Jimenez e Garcia (2012), até 1999, apenas três jurisdições contavam com um programa de leniência – Estudos Unidos da América, União Europeia e Coreia do Sul. Daquele ano até 2011, ainda conforme os autores, pelo menos 44 países adotaram programas de leniência. Esse aumento da complexidade regulatória agrava a tensão entre o tempo e a precisão do sistema. Por um lado, há a necessidade imposta às organizações empresariais de reagir rapidamente à conclusão de esses empresários poderiam estar envolvidos num cartel, a fim de vencer os outros na corrida para tocar o sino em primeiro lugar. Por outro lado, os vencedores da corrida pela imunidade precisam cumprir os requisitos para a complementação de uma aplicação bem-sucedida em todas as jurisdições possivelmente afetadas pelo comportamento, e isso pode tomar um tempo considerável (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2015).

A análise custo-benefício que uma organização empresarial realiza ao tomar a decisão de entrar, ou não, em um programa de leniência pode ser diferente e depende, invariavelmente, se tal organização está, ou não, considerando a aplicação do acordo de leniência em apenas uma jurisdição ou, ainda, em mais de uma competência. À medida que o número dessas competências varia positivamente, o risco de não ser o primeiro a tocar o sino em algumas destas jurisdições será maior e, por conseguinte, essa majoração de risco terá mais peso na decisão empresarial. Afinal, o pretense denunciante não poderia se ilidir em determinada jurisdição justamente pelo fato de ter realizado prova contra si mesmo noutra competência, ou seja, o prêmio dado ao primeiro da fila numa jurisdição pode, por rebote, provocar a punição deste denunciante em outra.

Para a Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD (2015), do ponto de vista das autoridades de defesa da concorrência, a tensão entre potenciais requerentes de leniência pode ter consequências em termos de: i) qualidade das candidaturas recebidas pelas agências, pois a necessidade de ganhar a corrida pode afetar o valor e extensão das informações fornecidas pelos candidatos; ii) relevância de alguns pedidos; e, ainda, iii) potencial diminuição de aplicações. O Comitê Consultivo da Indústria (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2014) sugeriu que, em resposta a essas preocupações, a OCDE considerasse a política de senhas (*marker*) em balcão único (*one-stop shop*), preservando o lugar dos candidatos entre as diferentes jurisdições e, assim, encorajando o uso de programas de

leniência.

Considerando que, segundo os indicadores até aqui apresentados, notadamente em função daqueles trazidos por organizações privadas e por representantes destas, o sistema de leniência tem conduzido membros de cartéis à aplicação de denúncias “espontâneas”, é possível considerar que os programas de leniência têm obtido relativo sucesso. Todavia, tratando-se de empreendimentos que atuam em nível global, falta a esses programas de anistia um elemento que, com redução de custos e majoração da segurança jurídica, aumente os incentivos dos denunciadores para entrar na corrida pelo acordo de leniência. Lastreado nesse sucesso, e com vistas ao aperfeiçoamento do sistema, surge a proposta de um *one-stop shop* mundial para que, mediante determinadas condições, possíveis “cartelistas” apliquem seus requerimentos de anistia.

4 BALCÃO ÚNICO PARA OS PRIMEIROS A TOCAR O SINO

Antes de apresentar a solução proposta por Taladay (2012), embasada pela International Chamber of Commerce -ICC (2016) e pela Organisation for Economic Co-operation and Development (2014), aqui exposta com lastro nas considerações trazidas por Lacerda (2014)¹⁵, é necessário estabelecer as diferenças básicas entre dois conceitos relativos à defesa da concorrência: sistema de senhas em programas de anistia às condutas colusivas; e guichê único para a aplicação do pedido de leniência. Os sistemas nacionais de repressão aos cartéis costumam, via de regra, contar com um sistema de premiação, distribuindo marcadores aos vencedores da corrida pela leniência. Todavia, não é tão comum que, mesmo no âmbito do próprio Estado, haja um balcão unificado (*one-stop shop*) para o depósito das aplicações. Assim, é possível que, numa mesma jurisdição, o empresário envolvido numa conduta caracterizada como cartel, não saiba a qual órgão da administração pública dirigir seu pedido de leniência, ou seja, embora seja mais raro, é imaginável que, num mesmo país, duas organizações empresariais envolvidas na mesma conduta ilegal, submetam seus requerimentos à avaliação de autoridades distintas. Ainda que, diante de uma política de defesa econômica relativamente nova, como é o caso da leniência, esse problema persista internamente, para os fins do presente estudo, o *one-stop shop* é tratado como uma possibilidade, mediante discussão e acordo entre os países envolvidos, de balcão único para as aplicações de requerentes de diversas jurisdições.

No sistema recomendado por Taladay (2012), uma senha seria concedida ao primeiro candidato, marcando para este requerente um lugar na fila em todas as jurisdições que participam do sistema, por meio da aplicação de um *marker*, concedido em *one-stop shop*. Tendo o requerente apresentado um pedido válido, a agência que recebeu o requerimento, mediante uma análise

15 O trabalho de Lacerda (2014), publicado na Revista de Defesa da Concorrência sob o título “*The leniency programs and the creation of a one-stop shop for markers*”, além de elaborar considerações sobre o sistema de *markers* em *one-stop shop*, o faz sob a ótica do SBDC, ou seja, diante de uma análise da legislação brasileira que, notadamente com relação à regulamentação de competência do CADE, poderia ser alterada para a “recepção” do mecanismo de senha para o primeiro a tocar o sino.

inicial, notificaria imediatamente todas as outras jurisdições participantes que o marcador (senha) foi concedido ao denunciante. A partir do sucesso de sua requisição inicial, o aplicante teria, então, determinado prazo para aperfeiçoar seu pedido de leniência nas demais jurisdições afetadas, de acordo com as normas exigidas por cada uma dessas jurisdições, tudo no período previsto no sistema de balcão único. Assim, cada autoridade de defesa da concorrência continuaria a operar seu programa de leniência, concedendo, ou não, de acordo com as regras estabelecidas em seus próprios regulamentos, o tratamento de leniência condicional. Resumidamente, as principais características do mecanismo de senhas concedidas em balcão único proposto seriam (TALADAY, 2012): i) o sistema deve ser voluntário para as agências; ii) o mecanismo deve ser igualmente voluntário para os candidatos; e iii) o sistema estaria disponível apenas para o primeiro requerente (*marker*) a tocar o sino.

Os defensores do sistema de senhas em balcão único reconhecem que, para a aplicação do mecanismo, seria necessária uma harmonização mínima dos sistemas de senha existentes, os quais teriam que concordar quanto ao prazo mínimo para aperfeiçoar os pedidos de leniência e, ainda, quanto aos requisitos mínimos de informação necessários à obtenção da senha de primeiro a tocar o sino. Isso sem mencionar as questões relativas à natureza automática ou discricionária da senha, ao ponto na investigação até o qual este marcador esteja disponível, à disponibilidade do *marker* para os candidatos subsequentes e, ainda, à capacidade dos possíveis denunciante para se candidatar a uma senha forma anônima.

Entre as vantagens potenciais do sistema de senhas em balcão único para os empresários estaria, principalmente, a redução da complexidade regulamentar de lidar simultaneamente com várias solicitações de senha. Do ponto de vista das organizações empresárias, o guichê único aliviaria a tensão entre a necessidade de apelar para de leniência – logo que possível, a fim de garantir o maior benefício possível, dando um passo à frente dos demais membros do cartel – e a obrigação de tomar o tempo necessário às investigações, em cumprimento das informações necessárias para uma aplicação bem-sucedida.

Do ponto de vista das agências, pode haver várias vantagens na adesão ao mecanismo de balcão único. Em primeiro lugar, o sistema provavelmente melhoraria a qualidade das informações fornecidas pelos requerentes de leniência. Em segundo lugar, uma vez que um pedido de senha seja bem-sucedido, todas as jurisdições participantes do sistema seriam automaticamente alertadas sobre existência do suposto cartel. Em terceiro lugar, haveria um melhor alinhamento dos tempos das investigações de cartéis das agências envolvidas, já que todos se tornariam conscientes dos comportamentos anticompetitivos no mesmo momento. Além disso, o mecanismo de senhas em balcão único facilitaria a cooperação e a coordenação das investigações entre as agências afetadas, gerando um incremento de aprendizagem considerável (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2015).

Quanto ao potencial impacto sobre o sistema global de luta contra os cartéis, apenas uma

agência teria de manusear e avaliar a aplicação para o balcão único, liberando as outras autoridades de executar a mesma tarefa. O sistema também poderia fortalecer os esforços em matéria de cartéis transfronteiriços e reduzir o risco de não perseguição deste tipo de cartel, vez que o balcão único (*one-stop shop*) de senhas (*marker*) acabará expondo, pelo menos potencialmente, o cartel a um maior número de jurisdições. Essa exposição, por si, tende a majorar os incentivos para fazer uso de programas de leniência, aumentando, conseqüentemente, a dissuasão geral de condutas anticompetitivas.

A criação de balcão único para o sistema de senhas exigiria das jurisdições um acordo sobre os requisitos de informação mínimos exigíveis do requerente, aqueles que devem ser cumpridos para a obtenção da senha de primeiro a tocar o sino. Além disso, as jurisdições precisariam concordar com o prazo de aperfeiçoamento do pedido de leniência, que é o período dado ao requerente para aperfeiçoar seu pedido e, assim, obter leniência em todas as jurisdições afetadas. Sob a maioria dos regimes de leniência existentes, a concessão de um *marker* é uma questão processual que pode ser modificada informalmente pela própria agência de defesa da concorrência. O maior custo do sistema se refere ao desenvolvimento de um acordo sobre determinado quadro de informações mínimas e prazos para aperfeiçoamento, lidando com possíveis conflitos de regulamentação que possam surgir a partir daí. Além dos custos de transação mencionados, as autoridades de defesa da concorrência podem estar relutantes quanto à sua inscrição em um sistema de senhas para aplicação em guichê único, que incluiria outras agências, por vezes incapazes de fornecer garantias de confidencialidade adequadas. Afinal, como já mencionado por Lacerda (2014), raras são as jurisdições que, tradicionalmente, têm expertise no trato do tema.

CONCLUSÃO

Diversas jurisdições introduziram recursos em seus programas de leniência para aumentar os incentivos das organizações empresariais quanto à sua entrada nesses mecanismos de delação, ou, ainda, para reduzir as incertezas quanto aos benefícios disponíveis ao requerente no momento da aplicação. No sentido de reduzir tais incertezas, o sistema de senhas parece ser um recurso adequado, pois sua finalidade seria permitir que os candidatos reservassem seu lugar na fila de leniência – e, por óbvio, garantissem os benefícios provenientes desta senha – por um tempo pré-determinado, para que os requerentes possam recolher as informações necessárias, completando um pedido de leniência bem-sucedido.

Apesar dos propósitos e objetivos comuns de sistemas de senha nacionais, há muitas diferenças entre os mecanismos existentes. Estas diferenças se prendem, especialmente, às informações que as jurisdições necessitam para completar uma aplicação senha bem-sucedida, ao tempo que as agências concedem ao candidato aperfeiçoar o pedido, à natureza automática ou discricionária da senha, ao ponto na investigação até o qual a senha esteja disponível, à

disponibilidade do *marker* para os candidatos subsequentes e, ainda, à capacidade dos possíveis denunciadores para se candidatarem a uma senha forma anônima. O desenvolvimento positivo dos programas de leniência aumentou a complexidade (notadamente regulamentar) que as organizações enfrentam, quando precisam se decidir sobre um pedido de leniência em várias jurisdições. Logo, estes empreendimentos empresariais levantaram a questão da convergência dos programas de leniência como o próximo passo para garantir o sucesso continuado da ferramenta.

A adoção da proposta de guichê único, além de reduzir os custos de investigação para todas as agências e para os possíveis requerentes, garantiria um lugar geral na fila ao primeiro a tocar o sino, diminuindo as incertezas para os requerentes. Do ponto de vista das autoridades de defesa da concorrência, o sistema tem o potencial para expor a existência do cartel a um conjunto mais amplo de agências, pois todas as jurisdições participantes do sistema seriam alertadas da aplicação da primeira senha, diminuindo potencialmente o risco de impunidade mundial de possíveis cartéis. O mecanismo também tem o potencial de alinhar o calendário das investigações sobre condutas anticompetitivas, favorecendo uma cooperação mais eficaz entre os órgãos envolvidos, seja para aumentar a qualidade das evidências fornecidas pelo requerente de leniência, seja para evitar pedidos supérfluos. Ao mesmo tempo, a adoção de tal sistema não ocorre sem custos, incluindo aqueles associados ao desenvolvimento e a adoção de regras mínimas para concessão da primeira senha, como é o caso dos requisitos mínimos para a denúncia e, também, do prazo para aperfeiçoamento do pedido de leniência.

REFERÊNCIAS

BORRELL, Joan Ramón; JIMÉNEZ, Juan Luis; GARCÍA, Carmen. Evaluating Antitrust Leniency Programs. **XREAP**, 2012. doi:<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1993027>

BRASIL. [(Constituição 1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2011.

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... Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 30 nov. 2011.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Portal do MF**. Disponível em: <<http://www.sain.fazenda.gov.br/assuntos/politicas-institucionais-economico-financeiras-e-cooperacao-internacional/ocde>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. **Portal do CADE**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel**: teoria unificada da colusão. São Paulo: Lex Editora, 2006.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-32, 2010. doi:<http://dx.doi.org/10.18836/2178-0587/ealr.v1n1p7-33>

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE - ICC. **ICC Proposal to ICN for a one-stop-shop for leniency markers**. mar. 2016. Disponível em: <<https://iccwbo.org/publication/icc-proposal-icn-one-stop-shop-lenieny-markers/>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE - ICC. **ICC Gateway**. Paris, 2017. Disponível em: <<https://iccwbo.org/about-us/who-we-are/>>. Acesso em: 1 abr. 2017,

LACERDA, João Felipe Aranha. The leniency programs and the creation of a one-stop shop for markers. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 64-75, nov. 2014. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/140>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

MENDES, Dany Rafael Fonseca. **A função social da propriedade intelectual**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Univesridade Católica de Brasília – UCB, Brasília.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD. **Competition and the use of markers in leniency programmes**. Paris: OECD, 2014. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/markers-in-leniency-programmes.htm>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD. **Note by the secretariat**. Paris: OECD, 2015. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/markers-in-leniency-programmes.htm>> Acesso em: 19 mar. 2017.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 10, n. 1, p. 83-96, 2006. doi: <http://dx.doi.org/10.5433/2178-8189.2006v10n0p83>

TALADAY, John M. Time for a global “one-stop shop” for leniency markers. **Antitrust**, Chicago, v. 27, 2012.

THALER, Richard H.; SUSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. Nova York: Penguin Books, 2009.

Como citar: OLIVEIRA, Michel Angelo Constantino; MENDES, Dany Rafael Fonseca; HERRERA, Gabriel Paes. Cidadania e políticas públicas no contexto do programa de educação previdenciária – PEP. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 3, p. 41-55, dez. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n3 p 41. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 13/04/2017

Aprovado em: 07/11/2018