

**DCO5917—2018 – PODER ECONÔMICO E ÉTICA EMPRESARIAL: INTERFACES ENTRE DEFESA DA  
CONCORRÊNCIA E COMBATE À CORRUPÇÃO**  
**TEMA 09 – COMBATE À CORRUPÇÃO E ABUSO DE PODER ECONÔMICO NO BRASIL. ACORDOS DE  
LENIÊNCIA, COLABORAÇÕES PREMIADAS E COOPERAÇÃO ENTRE ÓRGÃOS INVESTIGATIVOS.**

SPAGNOLO, G. Chapter 7 - Leniency and Whistleblowers in Antitrust. In Handbook of Antitrust Economics, BUCCIROSSI, P. (org). The MIT Press, pp. 259-303

OECD – Use of Markers in Leniency Programmes. Note by the Secretariat. 16 December 2014

“Cooperating with Authorities: the US Perspective” e “Negotiating Global Settlements: the US Perspective”, in The Practitioner’s Guide to Global Investigations, Global Investigations Review (2016), Chapter 10 (pp. 138-152) e Chapter 22 (318-336)

Plea Agreement between US Department of Justice and Siemens Aktiengesellschaft

Decisão da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal referente ao caso SBM Offshore

MARTINEZ, A. P. Challenges Ahead of Leniency Programmes: The Brazilian Experience. Journal of European Competition Law & Practice, 2015, pp. 1-8

STEVENSON, D. D. & WAGONER, N. J. FCPA Sanctions: Too Big to Debar? Fordham Law Review, 2011, vol. 80:2, pp. 775 – 820

Aluno: Victor Santos Rufino

Todos os textos selecionados para o tópico trazem como elemento definidor comum a avaliação ou demonstração prática da aplicação, global e no Brasil, de políticas de acordos voltadas ao combate a cartéis e, em certa medida, a outros ilícitos que guardam relação de semelhança com este ilícito, como o crime de corrupção.

Embora os textos lidem com uma diversidade de problemas e abordagens, também carregam o ponto comum de trazerem análises críticas e propostas de soluções para o aperfeiçoamento de eventuais problemas que detectam. Todos, portanto, são defensores e caudatários das políticas de acordos que avaliam, ao mesmo tempo em que demonstram algum desconforto com tal ou qual aspecto daquelas e, em última análise, servem como importantes legitimadores da escolha básica deste tipo de política pública que – todos sublinham – vem ganhando cada vez mais espaço na esfera do combate a ilícitos de colarinho branco em nível global.

Nesse sentido, e pela própria diversidade de temas levantados, a avaliação conjunta dos textos funciona como um catalisador de uma análise abrangente de variados problemas que uma política pública dessa natureza encerra.

O texto de Spagnolo, notório estudioso de programas de leniência, sobretudo através da aplicação de teorias econômicas, é completo na explicação das justificativas básicas – do ponto de vista de política pública – para a adoção deste tipo de programa e também na forma em que sugere algumas inovações e temas de estudo.

Na esteira de outros textos de sua lavra, o autor explica como a introdução e reforço de programas de leniência nas últimas décadas representou verdadeira revolução na política de combate a cartéis, verificado através de um aumento substancial no número de casos processados.

De acordo com o texto, cartéis – e ilícitos semelhantes como esquemas organizados de corrupção – são instáveis, têm problemas de governança e precisam desenvolver métodos de coerção fora da legalidade para se manterem funcionais, além de requererem a existência de relações sustentáveis ao longo do tempo entre os integrantes do esquema ilícito. Por fim, e como consequência, todos os integrantes do esquema tendem a deter informações sobre a ilegalidade dos atos praticados pelos demais.

O autor afirma que as três condições acima geram dois tipos de incentivos que são requisitos para que cartéis funcionem: “participation constraint” que se relaciona ao lucros esperados com o ilícito *versus* o risco de detecção e “self-enforcing (ou incentive compatibility) constraint”, consistente na capacidade de o esquema ilícito evitar defecções unilaterais por um dos participantes (e.g. uma guerra interna de preços no cartel).

Disso o autor afirma que as autoridades têm mais facilidade de criar meios para que o “self-enforcing constraint” seja enfraquecido com programas de cooperação, especialmente criando grandes recompensas para quem trazer a informação em primeiro lugar.

Embora reconheça que esquemas de cooperação entre investigadores e investigados já tenham existido no passado (como as tradicionais barganhas entre promotores norte-americanos e acusados no processo penal dos EUA), Spagnolo argumenta que a novidade trazida pelos programas de leniência é sua generalidade, abstração e publicidade, com vistas a deter, detectar e punir esquemas desconhecidos.

São precisamente estas características que podem ser observadas na descrição da OCDE no texto “OECD – Use of Markers in Leniency Programmes. Note by the Secretariat. 16 December 2014”, quando sumariza as justificativas e propõe uma modelagem quadro de programas de leniência.

Spagnolo é categórico ao afirmar que a adoção de programas de leniência é integrante essencial no arsenal das autoridades, contudo, tais programas devem ser bem desenhados para não serem contraproducentes.

Na visão do autor, um programa bem desenhado deve ser generoso apenas com o primeiro a reportar, em particular se antes de as autoridades terem conhecimento da prática, para maximizar as diferenças entre o interesse individual e coletivo dos membros do esquema ilícito. Acordos com os demais membros devem ser vistos com cautela e utilizados apenas quando estritamente necessários à eficácia da persecução deflagrada. Um programa de recompensas como os adotados em programas de whistleblower, em que aquele que reporta é financeiramente recompensado, por motivos semelhantes, deve ser estimulado.

Entre novos tópicos que deveriam ser aprofundados, Spagnolo sugere uma avaliação mais detalhada da dimensão internacional dos programas de leniência, especialmente dos conflitos entre jurisdições.

Os dois textos integrantes do manual sobre a prática global de acordos, por sua vez, tocam no tema acima levantado. Voltados à indicação de condutas e estratégias de advocacia para casos que envolvam acordos, os textos trazem interessante demonstração do estado da arte da matéria no direito norte-americano.

O texto “Cooperating with Authorities: the US Perspective” oferece sucinta análise de como os memorandos Filip e Yates, do US Department of Justice (DOJ) estabelecem os parâmetros para a cooperação naquele país, determinando que aqueles dispostos a fechar um acordo, fundamentalmente, oferecer ampla cooperação.

Também demonstra que o foco recente dos promotores americanos tem sido a persecução a indivíduos e como tal prática pode estar atrapalhando as investigações internas conduzidas por companhias que desejam cooperar, pois eventuais pessoas envolvidas podem ficar mais receosas com o resultado da cooperação.

De acordo com o texto, os custos de cooperar devem ser balanceados com os riscos de não cooperar. Os principais custos seriam os gastos e energias dedicados à investigação interna, além da exposição a ações cíveis após a finalização dos acordos. Os principais benefícios seriam as reduções de pena, a capacidade de influenciar a própria investigação e, por fim, evitar os custos à continuidade do negócio resultantes de uma prolongada investigação pública.

Já o texto “Negotiating Global Settlements: the US Perspective” se destaca sobretudo por explicar mais detalhadamente os veículos de cooperação disponíveis naquela jurisdição.

Como forma de resolução, na esfera penal, o texto salienta a existência de DPAs (*Deferred Prosecution Agreements*), NPAs (*Non Prosecution Agreements*) e Guilty Pleas.

Os NPAs são conduzidos diretamente entre DOJ (mas também recentemente pela SEC e por promotores estaduais) e o investigado, sem intervenção de juízes e podendo ser sigilosos. Já os DPAs, significam a postergação da persecução por um tempo, para a verificação de cumprimento de certas regras, sob supervisão de um juiz, que, de acordo com a jurisprudência, tem poderes limitados de intervenção. Na prática tem-se visto algumas intervenções por parte de juízes em relação a segmentos de DPAs.

Os DPAs e NPAs não importam assunção de culpa e tem sido criticados recentemente como lenientes demais.

Guilty pleas, por seu lado, importam condenação e portanto são atos mais sérios, que tem o feito colateral de provocar efeitos cascata, especialmente na esfera regulatória, quando mecanismos de exclusões automáticas, perdas de licenças, etc., são disparados.

Na esfera civil, embora haja a possibilidade de se firmar NPAs e DPAs, isto é raro. Em geral, os acordos são materializados por meio de “consent orders” entre o regulador e o investigado.

Em todos os casos, porém, a imposição de penalidades monetárias é corriqueira. Estas são calculadas de acordo com a gravidade da ofensa. A tendência da última década é de aumento significativo das penalidades monetárias impostas.

Também é comum encontrar uma série de obrigações de fazer, normalmente associadas a atos para remediar a conduta sob exame.

Muito comum também é a imposição de um monitor externo do cumprimento das obrigações pactuadas. O monitor pode ser custoso, em termos financeiros e de energia do negócio da empresa, e para evitá-lo as autoridades precisam ter um alto grau de confiança na capacidade cooperativa da companhia.

O texto afirma que tanto em acordos criminais como cíveis, é comum que a companhia enfrente diversos efeitos colaterais do próprio acordo, como expulsão de entidades não governamentais e problemas creditícios. Portanto, propõe que deve haver um planejamento prévio dessas consequências e uma busca de comunicação com os diversos atores (e.g. outras agências governamentais não inicialmente envolvidas na negociação) que têm a habilidade de provocar consequências indesejadas.

O texto “MARTINEZ, A. P. Challenges Ahead of Leniency Programmes: The Brazilian Experience. *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, pp. 1-8”, embora curto, comunica como a realidade recente brasileira incorpora, de ponta a ponta, quase todos os elementos acima mencionados.

Lá pode ser verificado o histórico de esforços empreendidos na legislação antitruste brasileira para a introdução de um programa de leniência abstrato e impessoal, que tivesse o condão de aumentar a eficiência da política de combate a cartéis nacional; como os números posteriores de investigações e punições, tal qual a experiência americana, vindicou esse projeto; e, por fim, como medidas de aperfeiçoamento para aumento de segurança e previsibilidade são desejáveis para facilitar a análise de trade-offs que os últimos dois textos comentados tentam sumarizar.

A “Decisão da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal referente ao caso SBM Offshore” tanto demonstra o grau de inserção do Brasil no debate do tema em apreço como serve como poderoso lembrete das dificuldades operacionais de aplicação de uma política pública com estas feições.

Os acordos trazidos à baila (Plea Agreement between US Department of Justice and Siemens Aktiengesellschaft e Termos de Acordo de Leniência entre Ministério Público Federal e as empresas Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A e Odebrecht S/A (versão pública disponível na internet), por sua vez, são evidências concretas da aplicação prática dessas políticas e de como elas impõem um sem número de cautelas por parte das autoridades, investigados e advogados envolvidos.