

ANÁLISE ECONÓMICA DOS PROGRAMAS DE CLEMÊNCIA NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA¹

Paula Vaz Freire*

INTRODUÇÃO



s programas ou políticas de clemência (também designados como de leniência, amnistia ou imunidade) são usados pelo direito da concorrência como um instrumento de detecção e punição de cartéis.

Como é sabido, os cartéis constituem organizações estáveis entre concorrentes que estabelecem acordos entre si, relativos a aspectos essenciais do mercado (preços, quantidades, territórios), com vista à maximização do lucro individual. Os cartéis são organizações sofisticadas de cooperação em que a atuação de cada um dos agentes no mercado passa a integrar-se numa estratégia concertada.

A cartelização trata-se, por definição, de um “produto” de estruturas de mercado oligopolistas, isto é, verifica-se em mercados com um número reduzido de agentes do lado da oferta, os quais ao adoptarem uma estratégia de mercado única procuram aproximar-se dos resultados associados às situações

¹ Este artigo tem por base a comunicação apresentada, a 15.5.2014, no Colóquio de Direito Luso-Brasileiro, Org.: Faculdade de Direito do Largo de São Francisco USP/ Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

* Professora Associada da FDUL.

de monopólio. Ao formar-se um cartel há, portanto, um reforço do poder de mercado daí redundando as típicas perdas de bem-estar decorrentes da diminuição da concorrência: (i) preços mais elevados, (ii) diminuição das opções do consumidor e (iii) encerramento do mercado a empresas efetiva ou potencialmente concorrentes.

Por serem práticas ilícitas na generalidade dos ordenamentos jurídicos, os cartéis têm na sua base acordos secretos o que torna difícil a sua detecção. Com vista a obviar a dificuldade em detectar a existência de cartéis instituem-se mecanismos jurídicos que atribuem benefícios às empresas, participantes num cartel, que os denunciem junto das autoridades competentes. Trata-se de uma solução adoptada tanto no ordenamento jurídico norte-americano², como no direito europeu³ e no direito dos Estados-membros.

As autoridades de defesa da concorrência têm uma perspectiva muito entusiasta sobre as políticas de clemência uma vez que estas permitem aumentar o número de cartéis detectados, apreciados e punidos; possibilitam obter, a baixos custos, a informação necessária à sua atuação e, por tudo isso, viabilizam uma reafecção de meios materiais e humanos para a detecção de outras infrações. Em síntese, aqueles regimes contribuem para aumentar a ação e a visibilidade pública do trabalho dos aplicadores do Direito, incrementando a sua relevância e aceitação social⁴.

² A política de leniência foi instituída nos Estados Unidos em 1976; para a sua melhor compreensão: *Corporate Leniency Policy* (<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0091.pdf>).

³ Instituída desde 1996; para a sua melhor compreensão: Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (2006/C 298/11) J.O. C 298, de 8.12.2006, p. 17-22.

⁴ Harrington, Jr., Joseph E. (2011), “When Is an Antitrust Authority Not Aggressive Enough in Fighting Cartels?”, *International Journal of Economic Theory*, 7 (1), pp. 39-50; Harrington, Jr., Joseph E. & Myong-Hun Chang (2009), “Modeling the Birth and Death of Cartels with an Application to Evaluating Competition Policy”, *Journal of the European Economic Association*, 7 (6), pp. 1400-1435.

REGIME JURÍDICO PORTUGUÊS

Em Portugal o “estatuto de clemência” foi introduzido pela Lei 39/2006⁵, encontrando-se atualmente regulado pela Lei 19/2012⁶, lei de defesa da concorrência (LdC), a qual nos seus artigos 75º a 82º estabelece o regime de “dispensa ou redução da coima em processos de contraordenação por infração às regras da concorrência”. A clemência abrange acordos ou práticas concertadas proibidas que tenham por objectivo coordenar comportamentos ou influenciar variáveis concorrenciais relevantes, nomeadamente, através de práticas de fixação de preços, definição de quotas de produção e de vendas, repartição de mercados, concertação em leilões e concursos públicos, restrições à importação ou exportação, e outras atuações anticoncorrenciais (art. 75º LdC).

Da designação - “dispensa ou redução da coima” - decorre a existência de situações valoradas de forma distinta: as que conduzem à *dispensa*, isto é, à imunidade, e aquelas a que está associada uma *redução* da sanção.

Assim, há lugar a dispensa, ou isenção, para a primeira empresa que forneça informações e elementos de prova de que a Autoridade da Concorrência (AdC) ainda não disponha e que permitam verificar a existência da prática ilícita. Para que a dispensa da coima seja concedida a empresa em causa deve, cumulativamente, cumprir as seguintes condições: (i) cooperar plena e continuamente, (ii) por termo à participação na infração e (iii) não ter exercido coação sobre as demais empresas

⁵ Lei nº 39/2006, DR 1ª série, Nº 164, de 25 de agosto. Regulamento nº 214/2006, da Autoridade da Concorrência, sobre o Procedimento administrativo relativo à tramitação necessária para a obtenção de dispensa ou atenuação especial da coima nos termos da Lei nº 39/2006, de 25 de Agosto.

⁶ Lei nº 19/2012, DR 1ª série, Nº 89, de 8 de maio. Regulamento nº 1/2013, da Autoridade da Concorrência, sobre o Procedimento administrativo relativo à tramitação necessária para a obtenção de dispensa ou atenuação especial da coima nos termos da Lei nº 19/2012, de 8 de maio.

para participarem na infração (art. 77º LdC).

A redução da coima pode ser concedida às empresas que subsequentemente à primeira forneçam informações e provas de *valor adicional significativo* para a investigação e prova da infração. Prevê-se para a primeira empresa uma redução de 30% a 50%; para a segunda uma redução de 20% a 30% e para as seguintes uma redução até 20% (art. 78º LdC).

PLANOS DE ANÁLISE

A existência de programas de clemência pode ser objecto de diversas reflexões, segundo prismas de análise distintos.

Assim, podem suscitar-se considerações de índole moral desde logo porque aqueles programas consubstanciam um “incentivo à delação” o que, em geral, é uma conduta socialmente reprovável. No entanto, por se tratar de práticas ilícitas tal significa que se procura tutelar um bem jurídico como maior valor do que o desvalor eventualmente associado à conduta delatora, a saber: o bem-estar dos consumidores.

Também sob o prisma da justiça distributiva algumas reservas podem ser formuladas pois afinal está a beneficiar-se o infractor, ou seja, um agente que, tendo lucrado com a existência do cartel, não é objecto de punição. Por outro lado, pode argumentar-se que se introduz um tratamento diferenciado entre aqueles que praticam uma mesma infração, porquanto uns beneficiam da clemência e os outros, participantes do mesmo cartel, são punidos. Nos sistemas jurídicos onde se associa a concessão de imunidades à reparação do dano, ou seja, a uma responsabilização por via de ações cíveis de consumidores e concorrentes, esta percepção de injustiça tende a ser atenuada. Por outras palavras, a ideia de que o infractor escapa à punição é mitigada quando a clemência é atribuída na medida do estritamente necessário e quando exista a restituição dos ganhos a favor dos lesados. É também de acordo com estas preocupa-

ções que se compreende a não concessão de imunidade ao instigador do cartel.

Apesar da pertinência destes prismas de reflexão propõe-se, nesta sede, analisar os incentivos ao comportamento das partes criados pela clemência, isto é, perceber em que medida os regimes de clemência, e a forma como são desenhados, condiciona e determina a conduta dos agentes participantes de um cartel, bem como a atuação das autoridades encarregadas de aplicar as normas de defesa da concorrência. Trata-se portanto de uma perspectiva de *Análise Económica do Direito* de acordo com a qual se procura aferir em que medida uma dada solução jurídica pode conduzir aos comportamentos socialmente mais desejáveis, ou melhor, mais eficientes.

FUNDAMENTOS COMPORTAMENTAIS DOS PROGRAMAS DE CLEMÊNCIA: O “DILEMA DO PRISIONEIRO”

A atuação dos cartéis consubstancia-se em atividades ilícitas, envolvendo vários agentes, os quais formam organizações com algum grau de sofisticação.

Nesta medida, a cartelização pode ser considerada como uma forma de crime organizado à semelhança da corrupção reiterada, da colusão entre agentes e supervisores, das fraudes em larga escala, ou das atividades de grupos terroristas ou de tráfico ilegal. Todas estas atuações têm em comum a constituição de relações dinâmicas de longo prazo, onde a reputação e os contratos implícitos substituem os contratos explícitos. Nesta medida, as referidas estruturas organizacionais partilham os mesmos problemas de “governança interna”: (i) o risco moral, (ii) a captura (“hold up”), e (iii) a impossibilidade de recorrer aos mecanismos legais de cumprimento dos contratos. Por outro lado, a todas estas formas de organização colectiva de atividades ilícitas está associado um custo social elevado.

Do que ficou dito resulta que são transversais os ensi-

namentos da análise económica sobre qualquer situação de cooperação no âmbito de atividades ilícitas^{7/ 8}, resultando também como válida a ideia de que o modo como o sistema jurídico se desenha na luta contra uma destas atividades permite retirar conclusões aplicáveis a outros domínios.

Os programas de clemência são, em geral, adequados a lidar com violações da lei que tenham como características serem (i) continuadas, (ii) colectivas ou colusivas e (iii) difíceis de detectar. Aqueles programas constituem uma solução jurídica que opera uma *modelação de incentivos individuais* por forma a colocar os participantes numa situação similar à do “dilema do prisioneiro”. Como é sabido, o “dilema do prisioneiro” consiste numa hipótese comportamental, amplamente estudada pela teoria dos jogos, em que cada sujeito tem a possibilidade de escolher entre duas alternativas cujos resultados (“payoff”) dependem de uma escolha idêntica feita por outro indivíduo. Confrontados com esta situação cada um, agindo racionalmente na prossecução do interesse próprio, concorre para que se verifique um resultado pior do que aquele que se verificaria se cooperassem⁹.

No que respeita aos cartéis em particular, ao atribuir-se

⁷ Gary Becker (1968) foi pioneiro na análise económica destas situações de cooperação, no âmbito de atividades ilícitas; a partir da construção de modelos dinâmicos de relações criminais colusivas conclui que são essenciais elevadas penas (modelo de óptimo de prevenção): Becker, Gary (1968), “Crime and Punishment: An Economic Approach,” *Journal of Political Economy* 76(2), pp. 169-217.

⁸ Aplicando esta análise aos cartéis: Koffman, Fred & Jacques Lawaree (1996), “A Prisoner’s Dilemma Model of Collusion Deterrence”, *Journal of Public Economics* 59, pp. 117-136; Tirole, Jean (1986) “Hierarchies and Bureaucracies: on the Role of Collusion in Organizations”, *Journal of Law, Economics and Organization*, 2 (2), pp. 181-214. Para uma visão global sobre estas aplicações: Aubert, Cecile & William Kovacic, Patrick Rey (2003), “The Impact of Leniency Programs on Cartels”, IDEI Toulouse (<http://idei.fr>).

⁹ O “dilema do prisioneiro” foi formulado pelo matemático Albert W. Tucker, em 1950. Note-se que no caso dos cartéis há uma diferença substancial relativamente aquela situação pois não existe matéria para condenar, ou porque ainda é insuficiente ou porque não há sequer investigação; neste contexto, confessar é uma *estratégia dominante fraca*.

aos seus membros a possibilidade de obter uma recompensa - não punição ou redução das coimas - por confessar gera-se uma diminuição da *confiança* entre os agentes. Por outras palavras, introduz-se a falta de confiança no interior do cartel, o que enfraquece a solidariedade e aumenta a probabilidade de retirada de um dos membros¹⁰. Torna-se mais elevado o risco de cooperar numa atividade ilícita pelo que este só será assumido se existir um elevado grau de certeza de que os outros participantes se manterão fieis ao acordado.

EFEITOS DOS PROGRAMAS DE CLEMÊNCIA

Ao consagrar-se, num ordenamento jurídico, uma solução de clemência privilegia-se não tanto o intuito de punição mas sim a detecção, e conseqüente termo da infração, bem como o efeito de persuasão. Esta conclusão é sustentada a partir da análise dos efeitos que os regimes de clemência geram na conduta dos agentes de mercado e dos aplicadores do Direito.

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

¹⁰ Leslie, Christopher R. (2006), “Antitrust Amnesty, Game Theory and Cartel Stability”, *Journal of Corporation Law*, 31, pp. 453-488; Wils, Wouter P. J. (2007), “Leniency in Antitrust Enforcement Theory and Practice”, *World Competition: Law and Economics Review*, 30 (1), pp. 25-64.

Para os aplicadores do Direito os regimes de clemência permitem a obtenção de informação e de matéria de prova a baixo custo, e a consequente diminuição dos custos de adjudicação. Assim é porque a detenção de um conjunto de informação relevante por parte das autoridades públicas torna mais provável a aceitação de acordos, pelas empresas envolvidas, pondo termo aos procedimentos por infração através de transação ao invés de serem empreendidos morosos e dispendiosos litígios judiciais.

No entanto, como tem vindo a ser evidenciado pela literatura o recurso a isenções ou reduções, para premiar a cooperação, têm como efeito uma *diminuição do nível geral das penas* (até porque é frequente o acordo), do qual poderá resultar uma redução do efeito de dissuasão. Há ainda que considerar um possível efeito perverso associado ao facto das autoridades responsáveis pela aplicação das normas de defesa da concorrência passarem a confiar exclusivamente na clemência. Com efeito, a aplicação destes programas assenta na percepção que os participantes no cartel têm do risco das autoridades públicas poderem vir a instaurar, contra si, procedimentos por violação da concorrência, caso não optem pela clemência. Aquele risco depende da reputação que as autoridades públicas consigam criar e isto pressupõe que, previamente, a autoridade construa um nível suficiente de credibilidade sobre a sua capacidade de detectar e punir práticas ilícitas. É, por isso, aconselhável que as autoridades da concorrência não confiem exclusivamente na clemência e que, de tempos a tempos, prossigam uma atuação punitiva sem recurso a esse regime.

CLEMÊNCIA ESTRATÉGICA

A presente análise deve ainda ser complementada com mais algumas reflexões sobre as estratégias das partes envolvidas. Trata-se de equacionar a possibilidade dos programas de

clemência poderem ser explorados pelos respectivos intervenientes, em seu benefício, gerando efeitos perversos, ou seja, “desvios” ao comportamento que a lei deseja incentivar.

Por seu turno, a partir da identificação de tais condutas, torna-se possível operar alguns ajustes no desenho dos programas de clemência, com vista a corrigir esses enviesamentos e alcançar um nível óptimo de clemência.

Os cartéis são organizações sofisticadas com capacidade de se ajustarem, por via de processos de aprendizagem pelo que, ao considerar-se a conduta dos seus participantes, deve também ser ponderado o desenvolvimento de estratégias adaptativas, em face do quadro legal existente.

Nesta medida, pode equacionar-se a utilização estratégica da clemência pelos participantes num cartel com o intuito de minimizar os efeitos de desestabilização da colusão e de explorar a seu favor esses programas¹¹. Uma das hipóteses de tal acontecer verifica-se num cenário em que as mesmas empresas que participam em vários cartéis em diferentes mercados, ou repetidamente no mesmo mercado, criam um sistema de, face à iminente detecção de um cartel, cada uma delas, à vez, avança para a clemência. Ainda de acordo com algumas análises o facto dos sistemas de clemência serem muito generosos (reduzindo o nível geral das sanções e benefícios para vários dos participantes que confessem) gera o efeito perverso de incentivar a formação de cartéis (efeito pró-colusivo), em que a estratégia dominante é a *colusão – denúncia*¹².

A clemência pode também ser usada de forma estratégi-

¹¹ Zhijun, Chen & Patrick Rey (2007), “On the Design of Leniency Programs” (IDEA Working Papers 452, <http://ideas.repec.org/p/ide/wpaper/7038.html>); Ellis, Christopher & Wilson, Wesley (2002), “Cartels, Price-Fixing, and Corporate Leniency Policy: What Doesn’t Kill Us Makes Us Stronger,” OR 97403, University of Oregon (<https://editorialexpress.com>)

¹² Motta, Massimo & Michele Polo (2003), “Leniency Programs and Cartel Prosecution”, *International Journal of Industrial Organization*, 21, pp. 347-379; Spagnolo, Giancarlo (2004), “Divide et Impera: Optimal Leniency Programmes”, CEPR Discussion Papers 4840 (<http://repec.org>).

ca para debilitar empresas concorrentes - em virtude da sua desvalorização pela elevada multa que têm de suportar e da diminuição da respectiva reputação comercial - a fim de as adquirir. Neste caso, o participante do cartel que se colocou ao abrigo do estatuto de clemência expurga do seu passado as condutas anticoncorrenciais por si praticadas, ao mesmo tempo que enfraquece as empresas que partilham consigo o mercado. Paradoxalmente, se esse enfraquecimento propiciar a aquisição, gera-se uma maior concentração de mercado.

Atente-se que, ao considerar a relação estratégica entre as empresas, deve ter-se em conta a estrutura de mercado. Assim, situações de oligopólios, com um reduzido número de agentes com idêntico poder de mercado, ou de conglomerados, onde a retaliação se pode fazer em mercados paralelos, consubstanciam estruturas de mercado que aumentam a fidelidade ao cartel por medo de retaliação, o que desincentiva a confissão.

A utilização estratégica da clemência por parte das autoridades responsáveis pela aplicação das normas de defesa da concorrência é também equacionável, por esta razão os sistemas jurídicos que consagram aqueles regimes introduzem mecanismos destinados a minimizar essa possibilidade, por forma a assegurar o respeito pelos direitos e garantias fundamentais dos particulares¹³. Nestes termos, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, os processos devem ser transparentes e num mesmo cartel devem ser dadas iguais condições a todos os participantes, assim, a ação das autoridades não pode incentivar a uma corrida para ser o primeiro a cooperar, ao contactar apenas com um deles ou ao não

¹³ Sobre a compatibilidade com os direitos de defesa, afirmando a não existência de coação ou de auto-incriminação: Ac. *ThyssenKrupp Stainless*, Proc. C-65/02 P, Col. 2005, p. I-6773, pf. 52-53, “o reconhecimento da infracção imputada tem carácter meramente voluntário para a empresa em causa. Esta não é, de modo algum, obrigada a reconhecer o acordo”. Também Ac. *BASF/ Comissão*, Proc. T-15/02, Col. 2006, p. II-497, pf. 58

lhes dar iguais condições de acesso quando estes contactam a Comissão¹⁴.

Pode ainda equacionar-se a situação em que a autoridade da concorrência dispõe apenas de informação e prova relativa a ilícitos de menor relevância e dá a conhecer esses factos a fim de induzir à confissão.

A respeito dos regimes de clemência duas outras questões têm sido amplamente consideradas. Uma delas prende-se com as vantagens e desvantagens associadas aos sistemas que premeiam apenas o primeiro agente que confessa e aos sistemas em que a confissão, subsequente, dos demais é também premiada. A favor dos sistemas que restringem a imunidade ao primeiro defende-se que esta solução gera um significativo efeito de *aumento do risco* da colusão ilícita que, quando combinado com elevadas sanções, induz à confissão. Por seu turno, a informação fornecida pelo primeiro pode não ser suficiente para provar os fatos tornando-se necessária a cooperação de um segundo participante do cartel; neste caso, justifica-se que lhe seja atribuída uma redução substancial da sanção. É, no entanto, questionável a atribuição sucessiva de reduções de pena aos demais o que, por gerar uma diminuição do nível geral das sanções, ou o mesmo é dizer uma diminuição das recompensas, pode conduzir a uma maior estabilidade dos cartéis. Em abono desta solução argumenta-se ainda que premiar os demais cria um sistema de incentivos que aumenta a rapidez da confissão, e incentiva todos os participantes no cartel a deter informação relevante.

Outros dos aspectos objecto de reflexão consiste na articulação entre os programas de clemência e as ações cíveis de particulares para ressarcimento de danos decorrentes de infrações à concorrência (“follow-on private actions for dama-

¹⁴ Ac. *Krupp Thyssen/ Comissão*, Proc. T-45/98, Col. 2001, p. II-3757; Ac. *BASF/ Comissão*, Proc. T-15/02, Col. 2006, p. II-497.

ges”)¹⁵. Ao reconhecer que praticou uma infração, a empresa está a expor-se a ser demandada por consumidores e concorrentes com vista a serem indemnizados pelos danos sofridos. A não existirem mecanismos de proteção o participante do cartel não teria incentivos a confessar, o que comprometeria o sucesso dos programas de clemência. Para que tal não aconteça são instituídas regras de não revelação de informação confidencial, de redução do montante dos danos, de limitação individual da responsabilidade, ou formas de concessão de imunidade também quanto aquele tipo de ações.

CONCLUSÃO

Do que ficou dito é possível concluir que o sucesso dos programas de clemência depende da observância de alguns parâmetros. Assim, a clemência deve coexistir com sanções elevadas a fim de aumentar do *risco* da colusão, uma vez que quanto mais elevadas forem as penas – ou inversamente, quanto maior for a dimensão do “perdão” - maiores serão os incentivos à denúncia. Deve também coexistir com uma forte credibilidade das autoridades de defesa da concorrência, por forma a aumentar da *probabilidade* de detecção, o que contribui para a confissão.

Apesar das dúvidas sobre a conformação óptima dos regimes de clemência eles constituem um instrumento adicional de aplicação ou cumprimento da lei. Nesta medida, pode afirmar-se que à clemência estão associados ganhos líquidos de bem-estar, uma vez que a sociedade - consumidores e empresas – beneficia, em geral, com a existência de menos cartéis.

¹⁵ Proposta de Diretiva do Parlamento europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia (COM/2013/0404 final/2 - 2013/0185 (COD)).

