

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MYLENA AUGUSTO DE MATOS

***WHISTLEBLOWING: IMPACTO E UTILIDADE DO INSTITUTO COMO
DESESTÍMULO À PRÁTICA DE CARTEIS***

**BRASÍLIA,
NOVEMBRO 2016**

WHISTLEBLOWING: IMPACTO E UTILIDADE DO INSTITUTO COMO DESESTÍMULO À PRÁTICA DE CARTEIS

MYLENA AUGUSTO DE MATOS

SUMÁRIO

Introdução; 1. O que é um cartel?; 2. Persecução a cartéis; 2.1. O Acordo de Leniência; 3. O que é um *whistleblower*?; 4. A análise econômica do crime segundo Gary Becker; 5. Sistema de incentivos para implementação do *whistleblower* com base na experiência internacional; 5.1. *Whistleblowing* nos Estados Unidos; 5.1.1. *False Claims Act – FCA* e o seu programa para *whistleblowers*; 5.1.2. *U.S Securities and Exchange Commission – SEC* e o seu programa para *whistleblowers*; 5.2. *South South Korea’s Informant Reward Program – Programa de recompensa para *whistleblowers* da Coréia do Sul; 5.3. Aplicabilidade da experiência internacional no direito antitruste brasileiro; 5.4. Impacto e utilidade do instituto na realização de cartéis segundo a análise econômica do crime desenvolvida por Gary Becker; Conclusão; Referências; Anexo 1.*

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo o estudo de impacto no número de cartéis realizados a partir da possível implementação do instituto do *whistleblower* no ordenamento jurídico brasileiro. Como os instrumentos de detecção de ilícitos antitruste por parte do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, são limitados, o intuito do presente trabalho é, além de fornecer mais um método de persecução à cartéis, verificar, também, a partir da efetivação do instituto, se tal instrumento militaria contra a formação de cartel, a ponto de tornar-se economicamente inviável o cometimento de tal ilícito e, ainda que praticado, se possibilitaria a detecção de tal cartel pela autoridade de maneira mais rápida do que através da leniência antitruste. Dessa forma, serão estudadas também as melhores práticas internacionais quanto ao sistema de incentivos oferecidos aos *whistleblowers* e de que maneira o instituto deveria ser implementado no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: cartel;*whistleblowing*; direito antitruste; teoria econômica do crime; denúncia antitruste;

ABSTRACT

The present work has as a scope, to study the impact at the number of cartels realized from the possible implementation of a whistleblower institute in the Brazilian legal order. As the antitrust detection instruments of the Administrative Council for Economic Defense - CADE, are limited, the purpose of the present work, besides a method of persecution to cartels, it is verify, from the effectiveness of the institute, if such instrument could be considered as a disincentive against the formation of cartels, so that this wrongdoing would become economically infeasible and also if the authorities would reach those cartels in a shorter time compared to antitrust leniency.

Thus, this work will also study the international best practices regarding the incentive system offered to whistleblowers and how this institute should be implemented in Brazil.

KEYWORDS: cartel; *whistleblowing*; antitrust law; economic theory of the crime; antitrust denunciation;

INTRODUÇÃO

Este artigo visa estudar a implementação do *whistleblower* como mais um elemento dissuasório ao cometimento de cartéis no Brasil.

Isto porque o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, possui limitados recursos de detecção a cartéis. Atualmente, o método mais utilizado tem sido o Acordo de Leniência, no qual o primeiro participante do ilícito que delata-lo a autoridade, obtém benefícios nas esferas administrativa e penal, desde que assuma sua participação na conduta, cesse, imediatamente, sua participação no ilícito e traga provas que ajudem a identificar demais pessoas físicas e jurídicas envolvidas – além de cooperar com o CADE até o julgamento final do processo administrativo pelo Tribunal, como será visto adiante.

Ademais, como a Constituição Federal elegeu a livre concorrência como um dos princípios fundamentais da ordem econômica, o intuito é aprimorar o *enforcement* do CADE ao fornecer mais um meio de identificação e punição de ilícitos antitruste, sem que nenhum participante direto seja de alguma forma beneficiado – como ocorre no Acordo de Leniência.

Com isso, após a identificação do que seria um cartel, seus principais objetivos, natureza e malefícios produzidos para a economia, será explorado brevemente quais os métodos existentes e utilizados pela autoridade antitruste para detecção e persecução aos cartéis, para, então, definir o que seria um *whistleblower*: suas premissas, prerrogativas e limitações que o difere de um signatário do Acordo de Leniência.

A partir disso, será utilizada a teoria da análise econômica do crime, desenvolvida pelo economista Gary Becker, a fim de identificar o impacto da instituição do *whistleblower*: seriam os *whistleblowers* capazes de diminuir a realização de cartéis, tendo em vista que aumentaria as chances dos cartelistas serem

denunciados? A autoridade antitruste poderia descobrir de maneira mais precoce a existência de cartéis em andamento, aumentando o bem-estar da sociedade – que deixaria de pagar o sobrepreço advindo da prática de cartel - quando comparado ao Acordo de Leniência?

Estas são hipóteses que poderão ser respondidas através de uma fórmula econômica desenvolvida por Ana Paula Martinez, por meio da teoria da análise econômica do crime, o que, em verdade, estuda a decisão racional e econômica de cometer ou não um ilícito por parte do agente.

Ademais, também será objeto de discussão as melhores práticas internacionais adotadas para o efetivo funcionamento dos programas de *whistleblowers* desenvolvidos nos Estados Unidos e Coréia do Sul, a fim de que o programa seja, de fato, utilizado e tenha expressividade no âmbito jurídico.

Por fim, baseado em um programa minimamente protecionista (com relação ao *whistleblower*), será avaliada a capacidade dissuasória de tal programa quanto a realização de cartéis, bem como se a autoridade antitruste teria possibilidade de descobrir tais ilícitos ainda no início da conduta praticada, levando em consideração a implementação de um robusto programa de incentivo e proteção ao *whistleblower* que deseja levar ao conhecimento do CADE a realização de algum ilícito anticoncorrencial, em especial, a realização de cartéis.

1. O QUE É UM CARTEL

Tendo em vista que o escopo do presente artigo é fornecer mais um instrumento para a persecução a cartéis, faz-se necessário tecer breves comentários sobre este ilícito administrativo, sob a ótica da Lei n. 12.529/2011.

Segundo a Superintendência-Geral do CADE (SG/CADE), cartel é, *in verbis*:

um acordo entre concorrentes que visa a fixação de preços ou quotas de produção e divisão de clientes e de mercados. A atuação de cartéis prejudica efetivamente os consumidores, uma vez que

provoca o aumento dos preços e restringe a oferta de produtos e serviços, tornando-os mais caros¹

Esta também é a opinião da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)²:

Os cartéis, ou acordos entre competidores estabelecendo preços, fraudam concorrências (entregar ofertas combinadas), restringem a produção ou dividem mercados e são a violação mais séria e danosa da lei da competição. Eles prejudicam os consumidores pelo aumento abusivo dos preços e pela restrição de oferta.

Ademais, Herbert Hovenkamp classifica cartel como³:

um acordo entre concorrentes que visa reduzir os custos de sua produção para níveis acordados ou vender a um preço acordado. As empresas agem em conluio para ganhar lucros como se fossem empresas monopolistas.

Isto posto, é possível inferir que cartel é uma das condutas anticompetitivas mais danosas tanto para a economia, quanto para a sociedade, na medida em que podem fraudar licitações públicas ou privadas, aumentar artificialmente os preços, dividir o mercado e/ou restringir a produção e oferta de produtos, bens e serviços.

Dessa forma, a Lei n. 12.529/11, em seu 4^o, atribuiu diversas competências ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, autarquia federal, para, dentre outras coisas, processar e julgar os ilícitos citados no rol exemplificativo do art. 36^o da supramencionada lei, tais como cartéis.

¹ CADE. Disponível em: www.cade.gov.br, no Processo Administrativo n. 08700.002812/2010-42, p. 08 do documento n. SEI 0002799.

² Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, **Cartéis - Seus danos e punições efetivas**, OCDE, 2002, p. 2. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/1935129.pdf> . Acesso em 10/09/2016.

³ HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: The law of competition and its practice**. 3rd edition. St. Paul, 2005. p. 146.

⁴ Art. 4o O Cade é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei.

⁵ Art. 36 Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

(...)

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

Quanto a natureza do ilícito de cartel, a doutrina internacional demonstra que alguns países adotaram classificações diversas. Nos Estados Unidos, por exemplo, cartel é considerado um ilícito *per se*, no qual não há qualquer razoabilidade em justificar a sua existência (como alegar que o conluio traria benefícios para a sociedade e eficiências para o mercado, por exemplo), bastando haver provas de sua existência para que os cartelistas sejam punidos. Dessa forma, cartel é sempre considerado uma conduta ilícita, independente do contexto no qual foi praticado⁶.

No entanto, a legislação brasileira adotou classificação denominada de ilícito por objeto, que, nas palavras do ex-conselheiro do CADE, Marcos Paulo Veríssimo, é:

a determinação da ilicitude pelo objeto, na legislação nacional, nada tem a ver com as 'intenções subjetivas' do agente. E isso ocorre simplesmente porque a lei assim o determina de forma expressa. Na lei, o que determina a presunção de ilegalidade é o 'objeto', e não a 'intenção'. Esta última, aliás, é completamente irrelevante no sistema do direito brasileiro, pois o artigo 20 da lei de 1994, assim como o artigo 36 da lei atualmente em vigor, foi expresso ao dizer que a ilicitude 'independe de culpa', ou seja, ocorre independentemente de qualquer análise de elementos subjetivos intencionais. Tais circunstâncias (tipificação expressa e, sobretudo, presunção de ilegalidade pelo objeto), fazem, como exposto acima, com que se torne completamente desnecessária qualquer análise de estruturas de mercado, definições de mercado relevante ou considerações de poder de mercado dos agentes para que a autoridade possa, *prima facie*, determinar a presunção de ilicitude da conduta. Para tanto, basta que haja, a meu ver, a prova objetiva de sua prática⁷.

Com isso, depreende-se que a estrutura normativa do art. 36 da Lei 12.529/11, classifica: (i) atos que serão quase sempre considerados como ilícito e (ii) condutas que ensejam análise da autoridade antitruste, a fim de verificar se esta pode trazer malefícios para o mercado e para a sociedade.

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública.

⁶ MALARD, Neide Teresinha. **Concentração de empresas: livre concorrência e limites à liberdade de iniciativa**. Brasília: UnB/Faculdade de Direito, 1997.

⁷ CADE. Disponível em: www.cade.gov.br, no Processo Administrativo n. 08012.006923/2002-18. Acessado em 25/08/2016.

Quanto ao item (i), determinados atos que quase sempre serão considerados como condutas anticompetitivas – como é o caso dos cartéis, pelo seu próprio objeto, assim como o ex-Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo explicou.

No item (ii), trata-se de condutas que, classificadas como lícitas *a priori*, podem gerar efeitos anticompetitivos e, por isso, talvez sejam passíveis de punição (aqui, trata-se comumente de condutas unilaterais, tal como abuso de poder de mercado e/ou aumento abusivo de preço). Porém, nesta última hipótese, para correta tipificação da conduta, o CADE precisa analisar as condições de mercado, a fim de auferir se, de fato, a medida foi arbitrária ou seria reflexo do mercado, podendo, até mesmo, gerar eficiências.

Por fim, necessário ressaltar que cartel, além de configurar ilícito administrativo, cuja autoridade competente para processar e julgar é o CADE, em razão de sua lesividade, também é alvo de persecução na esfera penal, conforme dispõe o art. 4º da Lei n. 8.137/90⁸ e também na esfera cível, na qual os membros do cartel podem sofrer ações privadas de reparação de danos que podem ser ajuizadas por qualquer indivíduo que se sinta lesado⁹, bem como ações civis públicas de autoria do Ministério Público e demais legitimados¹⁰.

⁸Art. Constitui crime contra a ordem econômica:

I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas;

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;

b) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

d) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

⁹ Lei 12.529/11:

Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

¹⁰ Lei nº 7.347/85:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Isto posto, exemplificado como o CADE classifica cartéis e demais possíveis ilícios anticoncorrenciais, à luz da Lei nº 12/529/11, passa-se, então, a analisar as formas de persecução e detecção deste ilícito.

2. PERSECUÇÃO A CARTÉIS

Justamente pela gravidade do ilícito e possíveis persecuções no âmbito administrativo, penal e civil, os participantes de um cartel costumam ocultar as evidências de seus atos, o que torna a identificação de possíveis provas tarefa extremamente difícil. Neste sentido, alega a SG/CADE:

Reuniões, contatos, trocas de informações sobre preços e clientes, entre outros, são geralmente realizados com extrema discrição e sigilo, muitas vezes com a utilização de códigos e siglas, de forma a não deixar transparecer qualquer ilicitude. Cartéis são, sem dúvida, umas das condutas mais difíceis de ser investigada. Por essa razão, técnicas de detecção e apuração mais sofisticadas tem cada vez mais se tornado ferramentas fundamentais para uma investigação de cartel bem sucedida¹¹.

Como meios de persecução aos cartéis, o CADE dispõe do Clique-Denúncia¹², canal no qual o denunciante, de forma anônima ou não, poderá descrever condutas anticoncorrenciais que têm ciência (desde atos de concentração não informados, até formação de cartel), podendo, inclusive, anexar documentos que subsidiem a sua denúncia, para que o CADE possa analisar tais informações e instaurar procedimento que averiguará tais alegações.

Ademais, através de tais informações (seja oriunda do Clique-Denúncia ou de informações trazidas em um Acordo de Leniência), o CADE poderá requerer a realização de buscas e apreensões, a fim de coletar mais indícios que corroborem com os já existentes.

Quanto ao Acordo de Leniência, previsto nos artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529/11, este é um dos principais meios de detecção de cartéis.

¹¹ CADE. Disponível em: www.cade.gov.br, no Processo Administrativo n. 08700.002812/2010-42, documento SEI 0244910, p. 24. Acesso em: 10/10/2016.

¹² CADE. Disponível em: http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/cliquedenuncia/formulario_denuncia.php?acao_externa=denuncia&acao_origem_externa=denuncia&id_orgao_acesso_externo=0&id_orgao_acesso_externo=0, acessado em 10/09/2016.

Sua premissa básica é a de que os beneficiários do acordo, em troca de imunidade total ou parcial em relação às penas administrativas e criminais aplicáveis, procurem a autoridade antitruste para confessar o ilícito e colaborar com as investigações, trazendo informações e documentos que permitam à autoridade identificar os demais coautores e comprovar a infração noticiada ou sob investigação¹³.

Para além disso, a atuação *ex officio* do CADE torna-se eventualmente limitada, justamente pela dificuldade de obtenção de provas, do certo grau de estabilidade que um cartel pode obter ao longo da conduta e, também, por subordinar-se à confissão de um agente (participante da conduta) para que esta seja investigada, principalmente quanto ao ilícito de cartel.

Embora o número de Processos Administrativos julgados a partir de Acordos de Leniência tenha aumentado significativamente de 2015 para 2016¹⁴, o fato é que para além de questões numéricas, a leniência antitruste, mesmo sendo um instituto consagrado e eficiente na detecção de cartéis, que trouxe inúmeros benefícios para a sociedade, poderia contar com o auxílio de outro instituto, igualmente conceituado em diversos outros países e que de maneira diversa à leniência, não ofertaria qualquer benefício àquele que cometeu ilícito anticoncorrencial.

Contudo, antes de adentrar propriamente no tema, é necessário tecer breves comentários sobre o Acordo de Leniência, sua extensão, benefícios e regras para diferenciá-lo do *whistleblower*.

2.1 O acordo de leniência

¹³ BRASIL, República Federativa do. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia: Programa de Leniência Antitruste do CADE**. p. 9. Maio/2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf, acessado em 10/09/2016.

¹⁴ Dos 22 processos administrativos julgados em 2016 até a 92a Sessão Ordinária do Cade, destes, 14 versavam sobre cartéis e 11 tinham como Representante do polo ativo o próprio Cade ou a então Secretaria de Direito Econômico – SDE, atuando de maneira *ex officio*. Em 2015, foram julgados 21 processos administrativos sobre cartéis e destes, 6 tiveram o Cade ou a SDE como Representantes. Dados disponíveis em, respectivamente: <http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>, e <http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true> – acessados em 16/10/16.

Como explicitado anteriormente, o Acordo de Leniência nada mais é do “que um conjunto de iniciativas com vistas a detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica”¹⁵.

É importante ressaltar que apenas o primeiro participante da conduta ilícita pode qualificar-se como signatário de um Acordo de Leniência com o CADE. Tal determinação serve justamente para criar uma instabilidade no cartel, na qual os participantes não sabem quem pode ser o primeiro a delatar a ilicitude.

A partir disso, o primeiro – também os demais que ficam em uma “fila de espera” – recebem uma senha através de um sistema de *markers* do CADE¹⁶, e aquele que não se qualificar para celebração de eventual Acordo de Leniência (ou seja, quando não for mais o primeiro a reportar tal conduta ao CADE ou sendo, não venha efetivamente a firmar o acordo), poderá, ainda, habilitar-se para a assinatura de um Termo de Compromisso de Cessação (“TCC”)¹⁷.

Embora o TCC não garanta imunidade penal, este enseja o arquivamento do processo administrativo contra o compromissário, que também admite participação na conduta, paga multa e cumpre os demais requisitos previstos no art. 85 e parágrafos da Lei 12.529/11.

¹⁵ BRASIL, República Federativa do. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia: Programa de Leniência Antitruste do CADE**. p. 9. Maio/2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf. Acesso em 10/09/2016.

¹⁶ Segundo o item 29, do BRASIL, República Federativa do. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia: Programa de Leniência Antitruste do CADE**. Maio/2016, p. 25. *O pedido de senha (“marker”) é o ato em que o proponente do Acordo de Leniência entra em contato com a Superintendência-Geral do Cade a fim de comunicar o interesse em propor Acordo de Leniência em relação a uma determinada conduta anticoncorrencial coletiva e, assim, garantir que é o primeiro proponente em relação a essa conduta. Trata-se, portanto, de uma espécie de corrida entre os participantes da conduta anticompetitiva para contatar a autoridade antitruste e reportar a infração e, com isso, se candidatar aos benefícios do Acordo de Leniência – os quais serão conferidos apenas ao primeiro proponente a se qualificar junto a SG/Cade*. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf. Acesso em 10/09/2016.

¹⁷ Para maiores informações quanto ao momento de propositura, documentos necessários, cálculo de contribuição e demais informações, ler: BRASIL, República Federativa do. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia: Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel**. Maio/2016. Disponível em http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final-1.pdf. Acesso em 02/10/2016.

Além disso, nas palavras de Thiago Marrara¹⁸, esta é a principal diferença entre o Acordo de Leniência e o TCC:

(...) o TCC é substitutivo e, como dito, incompatível com a continuação do processo quando houver um único acusado. Uma vez declarado o seu cumprimento, o TCC ocasiona o arquivamento do processo mas não concede imunidade administrativa ou penal aos compromissários.

Ressalta-se que o arquivamento do processo ocorre em relação à pessoa física ou jurídica que assinou o TCC com o CADE e que, diferentemente do que ocorre na assinatura do Acordo de Leniência, não há concessão de benefício penal.

A ideia é que pessoas físicas e/ou jurídicas que estão ou estiveram diretamente envolvidos em um cartel ou outra prática anticoncorrencial coletiva, obtenham benefícios tanto na esfera administrativa quanto na penal, através do Acordo de Leniência celebrado com o CADE.

Na esfera administrativa, desde que os signatários do Acordo de Leniência se comprometam a efetivamente colaborar com as investigações até o julgamento dos autos pelo o Tribunal, também é necessário que os agentes cessem imediatamente a participação na conduta reportada, traga robustos indícios para que a SG/CADE possa instaurar e investigar o suposto ilícito e que ocorra a identificação dos demais participantes.

Cumprindo tais determinações, o signatário, conforme conveniência da autoridade antitruste, será beneficiado com a extinção da pretensão punitiva da administração pública – isto no caso da SG/CADE não ter conhecimento prévio da conduta ou o tendo, não tivesse meios de comprová-la, como ressalta o Guia de Acordo de Leniência do Cade -, ou a redução de 1/3 à 2/3 da pena, caso a SG/CADE já tenha conhecimento prévio da infração notificada¹⁹.

¹⁸ MARRARA, Thiago. **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: Organização, processos e acordos administrativos de acordo com o Código de Processo Civil de 2015**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015. p. 378.

¹⁹ BRASIL, República Federativa do. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia: Programa de Leniência Antitruste do CADE**. p. 9-10. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf. Acesso em 10/09/2016.

Já na esfera criminal, por força do art. 87 da Lei n. 12.529/11 e art. 208 do Regimento Interno do CADE (RICADE)²⁰, a celebração do acordo suspende o prazo prescricional e impede o oferecimento de denúncia contra o beneficiário, quanto aos crimes tipificados na Lei de Crimes Contra a Ordem Econômica, n. 8.137/90, nos demais relacionados à prática de cartel da Lei n. 8.666/93 e art. 288 do Código Penal por associação criminosa.

Em suma, o Acordo de Leniência lida com um sistema de benefícios baseado na Teoria dos Jogos, desenvolvida por John Nash, na qual o participante de uma conduta ilícita, segundo Ronald O. Hilbrecht, leva racionalmente em consideração suas restrições para escolher a melhor ação possível e alcançar seus objetivos²¹, seja permanecendo no cartel ou o relatando, quando considerar que as chances de ser descoberto são maiores do que o benefício de continuar com o cartel, por exemplo.

Victor Rufino delimita que os elementos básicos do conceito do jogo são o jogador, o espaço estratégico e o resultado, de maneira que os jogadores podem *uma pessoa, empresa, estado, organização ou qualquer combinação destes, desde que movidos por um interesse comum*²².

²⁰ Art. 87 Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

Art. 208. Uma vez declarado o cumprimento do acordo de leniência pelo Cade, será decretada em favor do signatário do acordo de leniência:

I - a extinção da ação punitiva da administração pública, nas hipóteses em que a proposta do acordo de leniência tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

II - nas demais hipóteses, a redução de um a dois terços das penas aplicáveis na seara administrativa. Parágrafo único. Nas duas hipóteses referidas acima, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de novembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

²¹ HILBRECHT, Ronald H. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Editora Atlas. 2a Edição. 2014. p. 115.

²² RUFINO, Victor. **Os Fundamentos da delação: análise do programa de leniência do Cade à luz da teoria dos jogos**. Brasília, 2016. Fl. 21. Disponível em: <http://www.docs.ndsr.org/docdissertacaoVictorRufino.pdf>. Acessado em 02/01/2017.

Assim como na análise econômica do crime, a teoria dos jogos parte da premissa de que os jogadores são racionais e que adotarão comportamentos *que sejam consistentes com a obtenção de resultados de sua preferência*²³.

O dilema do prisioneiro é o exemplo mais clássico e poderoso para exemplificar a mecânica de cooperação ou não cooperação entre indivíduos racionais. Nesta lógica, dois indivíduos são interrogados pela polícia, que, por sua vez, detém indícios para condenar ambos por um crime mais leve e também suspeita que os suspeitos tenham praticado um crime mais grave, mas não há provas suficientes com relação à última suspeita.

Nas palavras de Victor Rufino:

O crime mais leve, do qual se detém a prova, é punível com pena de prisão de um ano, e o crime mais grave com pena de prisão de três anos. Para a polícia, é interessante condenar ao menos um dos suspeitos pelo delito mais grave. Contudo, prefere condenar os dois. Como não há meios de se obter a prova do delito mais grave de forma independente, a solução é oferecer uma barganha.

A polícia apresenta a cada um dos suspeitos, informando que a oferta é simultânea ao outro e haverá incomunicabilidade, as seguintes opções: a) se o indivíduo confessar o delito mais grave, estará integralmente livre da prisão, caso seu comparsa não confesse, enquanto este ficará preso por três anos; b) se confessar e seu comparsa fizer o mesmo, ambos ficarão dois anos na cadeia pelo delito mais grave; c) se não confessar e seu comparsa fizer o mesmo, ambos ficarão apenas o período de um ano relativo ao delito já comprovado; d) se não confessar e seu comparsa confessar, ficará três anos na cadeia e o outro estará integralmente livre.

(...)

Da perspectiva de cada um dos prisioneiros, o dilema é o seguinte: se o seu comparsa confessa, então é melhor confessar e diminuir de três para dois anos seu tempo de prisão. Se o seu comparsa não confessa, continua sendo melhor confessar e evitar o um ano de prisão que já está previsto. Isso torna a estratégia de confessar dominante para as duas partes, pois esta será a escolha mais atrativa independentemente da conduta da sua contraparte. O paradoxo, para os prisioneiros – não para a polícia, que propositalmente desenhou a oferta – é que ambos estariam em melhor posição se abandonassem a sua estratégia dominante, pois, na ausência de confissão, ficariam restritos ao período de um ano pelo delito já comprovado.²⁴

²³ Ibidem.

²⁴ Ibidem, fls. 28 -29.

Dessa forma, faz-se necessário enfatizar novamente: a ideia do acordo de leniência é criar instabilidade entre os participantes do cartel, dado os benefícios concedidos àquele que primeiro reporta o ilícito à autoridade.

Esta também é a prática nos Estados Unidos. No entanto, Maurice E. Stucke faz o seguinte alerta:

se cada conspirador acredita que seus co-conspiradores ou empregados irão buscar anistia, e se cada conspirador deve ser o primeiro a requisitar esta anistia, então nenhum cartel deveria ocorrer. A mútua desconfiança, em teoria, deveria evitar a formação de cartel. No entanto, cartéis ainda ocorrem, mesmo quando 50 jurisdições incorporaram programas de leniência, e mesmo diante do aumento de multas e aprisionamento para os condenados por cartel nos Estados Unidos.

(...)

Ainda sim, em muitos anos, o programa de leniência falhou em não detectar cartéis em sua formação²⁵.

Segundo o autor, tais conclusões foram obtidas mesmo após o aumento da multa pecuniária máxima aplicada e do aumento de aprisionamento de 3 (três) para 10 (anos), após a chamada *The Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act (ACPERA)*, que realizou tais mudanças nos Estados Unidos²⁶.

Dessa forma, apesar de ser um dado referente à realidade dos Estados Unidos, observa-se que a leniência não é tão efetiva quanto a descobrir precocemente eventuais cartéis que tenham se formado, mesmo com o aumento da multa e aprisionamento aplicados àqueles que comentem tal ilícito, conforme ilustrado acima. Sob este aspecto, o *whistleblower* torna-se mais um aliado às autoridades antitrustes, desequilibrando o cartel e trazendo maior efetividade à persecução de ilícitos concorrenciais²⁷.

Maria Bigoni, Sven-Olof Fridolfsson, Chloé Le Coq e Giancarlo Spagnolo vão ainda mais longe, defendendo a garantia de recompensa monetária aos *whistleblowers*:

²⁵ STUCKE, Maurice E. **Leniency, Whistle-Blowing and the Individual: Should We Create Another Race to the Competition Agency?** Publicado em: C Beaton-Wells and C Trans (eds), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion*. Hart Publishing, 2015.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

Embora bem-sucedidos na dissuasão de formação de cartéis, nem a tradicional multa ou as políticas antitruste modernas (leniência) parecem reduzir preços e aumentar o bem-estar em nossa sociedade. Isto motiva a investigação de ações de incentivo mais poderosas, como recompensar *whistleblowers*²⁸.

Com isso, passa-se a definir o que seria o *whistleblower* para Direito Antitruste Brasileiro e como esta nova figura seria ou não um desincentivo ao cometimento de cartéis no Brasil.

3. O QUE É UM WHISTLEBLOWER?

Não há definição jurídica uníssona quanto ao que venha a ser um *whistleblower* na literatura internacional e, tampouco, no Brasil.

A figura do *whistleblower* teria nascido na idade média, mais especificamente na Inglaterra, quando o Rei *Wihfred of Kent* estabeleceu que se um homem livre trabalhar durante o período proibido (*the sabbath*) ele perderá seu emprego. Em contrapartida, o homem e/ou mulher que informar este fato obterá metade de seus bens e lucros decorrentes daquele trabalho²⁹.

Posteriormente, nos séculos XIV, XV e XVI o *qui tam statutes* tornou-se comum na legislação inglesa. O *qui tam* nada mais era do que exatamente a figura acima exemplificada, qual seja: a possibilidade de que um terceiro informe o crime e/ou ilícito cometido por outrem, recebendo como gratificação (às vezes pecuniária) a totalidade ou parte da penalidade aplicada ao infrator. Na Inglaterra, esta conduta foi posteriormente concretizada pelo *Common Informers Act* e nos Estados Unidos pelo *False Claims Act*³⁰.

Este conceito de *whistleblower* permanece até os dias atuais em muitos países, mas especialmente nos Estados Unidos, local onde os incentivos e políticas protecionistas se desenvolveram de maneira exponencial. A *Securities Exchange Act*

²⁸BIGONE, FRIDOLFSSON, LE COQ, SPAGNOLO; Maria, Sven-Olof, Chloé and Giancarlo. **Fines, Leniency and Rewards in Antitrust**. Publicado em: Research Institute of Industrial Economics, 2011.

²⁹ WHITAKER, L. Paige; **The Whistleblower Protection Act: An Overview**. Congressional Research Service. 2007. p. 2. Disponível em: <https://www.fas.org/sgp/crs/natsec/RL33918.pdf>.

³⁰*Ibidem*.

of 1934, define *whistleblower* como aquele que não é cúmplice na conduta ilícita, ainda que direta ou indiretamente, e a reporta para a autoridade competente³¹.

Isto posto, é possível afirmar que a maioria dos autores que se debruçam sobre o tema, reconhecem que o *whistleblower* seria um homem ou uma mulher, acreditando que o interesse público ultrapassa os interesses da organização que servem, “tocam o apito” (ou *blow the whistle*) e delatam a empresa, órgão ou organização envolvida em corrupção, ilegalidades, fraudes e/ou atividades de risco³².

A Organização Internacional do Trabalho também conceitua o *whistleblower* como relatos de empregados ou ex-empregados sobre condutas ilegais, irregulares, práticas perigosas ou antiéticas por parte dos empregadores³³.

Já a *International Competition Network* – ICN³⁴ afirma que os *whistleblowers* podem ser empregados que, cientes de que seu (sua) empregador (a) é membro de um cartel, no qual aquele não estava diretamente envolvido, e, discordando da participação de seu empregador em tal ilícito, decide comunicar a infração às autoridades competentes. Ademais, o ICN ressalta a necessidade de garantir a confidencialidade da identidade do *whistleblower* como maneira de incentivá-lo a reportar tais condutas, tendo em vista o potencial risco de uma demissão ou danos à sua reputação.

As medidas necessárias para implementação do *whistleblower* e seus efeitos serão enfrentados mais adiante neste artigo.

³¹ STUCKE, Maurice E. **Leniency, Whistle-Blowing and the Individual: Should We Create Another Race to the Competition Agency?** Publicado em: C Beaton-Wells and C Trans (eds), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion*. Hart Publishing, 2015.

³² NADER, Ralph; **Whistleblowing**. Penguin Books: 1974. p. 28.

³³ Júnior, João Francisco da Mota; **Proteção do Servidor Público Denunciante (Whistleblower): Um enfoque na recente tutela jurídica brasileira**. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5492703.pdf>, acessado em 18/10/2016.

³⁴ International Competition Network – ICN. **Anti-Cartel Enforcement Manual**, p. 9 – Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc628.pdf>, acessado em 10/11/2016.

Por fim, o *Cambridge Dictionary*³⁵, define o *whistleblower* uma pessoa que denuncia à autoridade atos ilegais que possam estar acontecendo no governo ou em uma empresa privada.

Ademais, importante mencionar que a figura do *whistleblower* não se mistura com o informante (que neste trabalho consideraremos como os signatários do Acordo de Leniência). Para David Banisar³⁶, a principal distinção entre ambos é a responsabilidade objetiva e diferentes incentivos imputados à pessoa que está fornecendo a informação. Ainda segundo o autor:

Os informantes estão muitas vezes envolvidos em algum tipo de empreendimento antiético e estão usando a divulgação de informações como um meio para reduzir a sua responsabilidade, quer voluntariamente ou devido a coerção. Normalmente, eles estão subordinados ao órgão ou pessoa sob a qual eles estão divulgando o crime ou ilícito. Em comparação, as leis de *whistleblowing* ou de denúncia, não afetam a responsabilidade dos denunciantes, vez que estes não figuram como atuantes do ilícito.

Por ora, é importante ressaltar que informantes – ainda de acordo com David Banisar – e os *whistleblowers* possuem incentivos diferentes para reportar qualquer ilícito ou crime que seja.

Ademais, corroborando com todo o exposto, o autor³⁷ ressalta que, segundo Peter B. Jubb, em sua obra *Whistleblowing: A Restrictive Definition and Interpretation*, o *whistleblower* é, normalmente, uma pessoa que teve acesso à informações privilegiadas sobre a organização em que trabalha e decide reportar tal ilícito de maneira totalmente não-obrigatória. É, também, figura distinta da testemunha, dado que os *whistleblowers* são considerados como meros expectadores uma vez que a denúncia é feita.

Por todo o exposto, é possível conceituar o *whistleblower* como um terceiro que, tomando conhecimento de condutas ilícitas das quais não tenha participado, seja no âmbito público ou privado, resolve relatá-las à autoridade competente³⁸.

³⁵ Cambridge Dictionary. Disponível em: <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/whistleblower?fallbackFrom=english-portuguese&q=whistleblower>. Acessado em 10/11/2016.

³⁶ BANISAR, David. **Whistleblowing: International Standards and Developments**. 2011. p. 4 - 5.

³⁷ *Ibidem*, p. 2 e 6.

³⁸ E para o objetivo do presente trabalho, serão considerados como *whistleblowers* apenas pessoas físicas.

No Brasil, a vigência da Lei nº 8.112/90, que dispõe, dentre outras coisas, sobre os deveres e obrigações dos servidores públicos federais civis da União, segundo o inciso VI do art. 116, *in verbis*:

Art. 116. São deveres do servidor:

(...)

VI – levar irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeito de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração.

Isto para dizer que, embora o instituto não seja disseminado e, que tampouco haja previsão semelhante no Direito Antitruste Brasileiro, ainda sim, a figura do *whistleblower* é internacionalmente conhecida e reconhecida, podendo mostrar-se útil para o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no combate à cartéis.

Isto porque, como se verá a seguir, o *whistleblower* significaria mais um desincentivo àquele que deseja realizar um cartel (ou até mesmo outros ilícitos anticoncorrenciais), tendo em vista que o cartelista, além de levar em consideração a possibilidade de que algum participante direto do cartel recorra ao Acordo de Leniência a fim de assegurar os benefícios decorrentes, este também deverá sopesar o fato de qualquer um de seus empregados ou ex-empregados que tome conhecimento da conduta ilícita poderá denunciá-lo – além dos empregados das demais empresas participantes do mesmo cartel.

Dessa forma, inicialmente, a probabilidade de ser descoberto e punido poderia aumentar ou não de maneira significativa. Tal hipótese será explorada a partir dos próximos capítulos, visando, principalmente, desestimular a prática de cartéis tendo em vista os seguintes pontos:

- (i) A partir da introdução do instituto do *whistleblower*, se isto significaria um desincentivo aos cartelistas, imputando-os mais um risco (de serem descobertos e denunciados à autoridade competente) a ser ou não absorvido pelos praticantes do ilícito;
- (ii) Viabilizar a descoberta de cartéis de maneira mais objetiva e precoce, no intuito de desequilibrá-los para que não perdurem por muitos anos; e

- (iii) Qual seriam os incentivos e proteções necessárias para que os *whistleblowers* efetivamente levassem ao conhecimento do CADE o cometimento de ilícitos antitruste do qual têm conhecimento, tendo em vista que estes não participaram da conduta.

4. A ANÁLISE ECONÔMICA DO CRIME SEGUNDO GARY BECKER

De maneira a corroborar e comprovar (ou não) as hipóteses acima destacadas, por meio da implementação legislativa dos *whistleblowers* no ordenamento jurídico Brasileiro, especialmente no âmbito antitruste, Gary Becker³⁹ desenvolveu uma teoria que reforça a possível comprovação de tal pensamento, quando alega que ‘o crime é uma atividade ou indústria economicamente importante’⁴⁰ (grifo nosso).

Neste sentido, Gary Becker⁴¹ discorre:

Em primeiro lugar, a obediência à lei não é considerada garantida. Recursos públicos e privados são geralmente gastos a fim de prevenir ofensas e apreender os infratores. Em segundo lugar, a convicção [de ser descoberto] não é geralmente considerada punição suficiente em si mesma. Adicionalmente e, às vezes, castigos severos são aplicados aos condenados. O que determina a quantidade e tipo de recursos e punições utilizados para impor uma legislação?

Dessa forma, Gary Becker defende que a atividade criminosa, assim como qualquer outra atividade lícita e econômica, leva em consideração alguns fatores, dado que os agentes criminosos são seres racionais e calculariam os benefícios de atuar ou não no setor ilícito da economia⁴².

³⁹Economista estadunidense, professor da Universidade de Chicago e contemplado com o Prêmio de Ciências Econômicas, em 1992, por ter estendido seus domínios de microeconomia ao comportamento e interação humana, conhecida, principalmente, pelo seu artigo: *Crime and Punishment: An Economic Approach* – Dados disponíveis em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Gary_St Stanley_Becker, acessado em 10/11/2016. Esta obra será utilizada como marco teórico do presente trabalho.

⁴⁰ BECKER, Gary. **Crime and punishment: an economic approach**. Journal of political economy. 1974, p. 3. Disponível em: <http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>, acessado em 10/05/2016.

⁴¹*Ibidem*. p. 2.

⁴² AMARAL, Thiago Bottino; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. **Direito e Economia no Brasil**. Editora Atlas. 2ª edição. p. 303 -304.

Dentre tais fatores, Gary Becker⁴³ defende que o criminoso leva em consideração principalmente: (i) a probabilidade de sua ação criminosa ser descoberta; (ii) sendo pego, qual a probabilidade de ser punido e (iii) quão lucrativa a conduta seria, para que justifique o risco corrido descritos nos itens (i) e (ii).

Preliminarmente, é importante destacar que o crime pode ser dividido entre as seguintes categorias: lucrativo e não lucrativo. O primeiro pode ser exemplificado como crimes tais como roubo, furto, extorsão, estelionato e cartel. O último, como estupro, abuso de poder, tortura, entre outros⁴⁴. Para os fins do presente trabalho, classificaremos o cartel como um ilícito e crime econômico (e, portanto, lucrativo, dado que a finalidade número um da formação de um cartel é aumentar arbitrariamente os lucros, como explicitado no capítulo 1).

O ponto central deste trabalho não enseja a discussão a respeito da índole e/ou caráter daqueles que decidem praticar cartel, mas, sim, partindo da premissa de que uma atividade ilícita não deixa de ser econômica e gerar lucros talvez maiores do que aqueles advindos licitamente, o objetivo é analisar quais seriam os prós e contras sopesados por este agente ou por quê os seus incentivos foram maiores ou menores do que os desincentivos para praticar o ilícito, tendo em vista a implementação do *whistleblower* no ordenamento jurídico brasileiro.

Seguindo este pensamento, Gary Becker⁴⁵ destaca:

A abordagem tomada aqui segue a análise usual dos economistas de escolha e assume que uma pessoa comete uma ofensa se a utilidade esperada para ela, exceder a utilidade que ela poderia obter usando seu tempo e outros recursos em outras atividades [lícitas, no caso]. Algumas pessoas, portanto, tornam-se "criminosas", não porque sua motivação básica difere da de outras pessoas, mas porque seus benefícios e custos diferem.

Por “motivação básica” para o cometimento de um cartel, entende-se o aumento do lucro do empresário. Ora, o escopo final de qualquer empresa é o lucro⁴⁶

⁴³ BECKER, Gary. **Crime and punishment: an economic approach**. Journal of political economy. NBER: 1974, p. 5. Disponível em: <http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>, acessado em 10/05/2016.

⁴⁴ AMARAL, Thiago Bottino; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. **Direito e Economia no Brasil**. Editora Atlas. 2ª edição, p. 297.

⁴⁵ BECKER, Gary. **Crime and punishment: an economic approach**. Journal of political economy. p. 9. Disponível em: <http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>, acessado em 10/05/2016.

⁴⁶ COMPARATO, Fabio Konder. **Estado, Empresa e Função Social**. São Paulo: RT, 1996. p. 38-46.

e isto tanto para aqueles que seguem todas as leis quanto para aqueles que decidem formar um cartel.

Neste sentido, ‘(i) o agente do potencial ilícito responde a incentivos e é naturalmente um maximizador de seu bem estar e (ii) a pena representa um incentivo negativo, isto é, milita contra a prática da conduta’⁴⁷, ou seja, ele irá tomar tal medida – de cometer ou não um cartel – com base nas informações que ele tem no momento, medindo o seu bem-estar⁴⁸, através dos seguintes questionamentos: qual a probabilidade de ser descoberto? Sendo desvendado, qual a pena que receberei? Os benefícios serão suficientes a ponto de justificar tais riscos?

Nesta linha, Pery Francisco Assis Shikida e Thiago Bottino do Amaral⁴⁹ destacam (a partir da teoria desenvolvida por Gary Becker):

Especificamente nos crimes econômicos, as principais causas são a motivação e oportunidade. A primeira está relacionada tanto à personalidade do indivíduo como à cultura da competição que caracteriza a sociedade capitalista. (...). A motivação para o crime é a crença de que, violando a lei, o indivíduo terá mais prazer e menos dificuldade do que se utilizasse os meios lícitos existentes para ficar rico.

Por sua vez, a segunda causa é a oportunidade, entendida como um sopesamento entre o quão grande poderá ser o lucro e o quão ruim poderá ser a punição. Nesse ponto, são importantes a regulação de determinado setor de indústria ou comércio (quando não há normas de fiscalização e transparência, aumentam as oportunidades de crimes econômicos), as práticas de concorrência predatória de determinado segmento econômico (setores com margem de lucro pequena veem na sonegação um diferencial competitivo) e a função que o criminoso ocupa na empresa (contadores, diretores e administradores têm mais e melhores oportunidades de praticarem crimes econômicos).

Em suma, considerando que a abordagem econômica do crime parte da premissa de que os agentes respondem a incentivos positivos (como baixa persecução e/ou punibilidade) quanto negativos (alta probabilidade de ser descoberto e/ou punições severas), eles tomam a decisão de cometer cartel.

⁴⁷MARTINEZ, Ana Paula; **Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Editora Singular, 2013. p. 64.

⁴⁸*Ibidem*. p. 69.

⁴⁹AMARAL, Thiago Bottino; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. **Direito e Economia no Brasil**. Editora Atlas. 2ª edição, p. 304 – 305.

Ana Paula Martinez⁵⁰, a partir desta teoria desenvolvida por Gary Becker, produziu a seguinte fórmula:

Nesse contexto, diz-se que, do ponto de vista do potencial infrator, a decisão de cometer ou não a violação se explica, em última instância, a partir da equação:

$$Ve = Bc - (Sp \times Pd):$$

em que Ve = valor esperado com a prática do crime; Bc = benefício auferido com o crime; Sp = sanções previstas e Pd = Probabilidade de detecção (grifo nosso)

Como o intuito é auferir se a implementação de um programa de *whistleblowers* como mais uma ferramenta de combate à cartéis poderia configurar um desincentivo à realização de tal conduta, consideraremos que o programa seria equivalente à variável Pd, ou seja, representaria mais um fator dissuasório a prática de cartel.

Isto porque não será analisado o valor do lucro esperado com o cometimento do cartel (cuja variabilidade é grande, a depender do mercado, do produto e de quantos *players* participam do cartel, por exemplo), tampouco as sanções previstas em lei (dado que no âmbito administrativo enseja aplicação de multa de 0,1% a 20% do valor do faturamento bruto da empresa⁵¹ - entre outras modalidades de multa - e, no penal, pode ensejar pena de reclusão de 2 a 5 anos e multa⁵²), mas apenas se o

50 MARTINEZ, Ana Paula; **Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Editora Singular, 2013. p. 65.

⁵¹Lei n. 12.529/11:

Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I – No caso de empresa, multa de 01% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior a vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

II – no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito pública ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);

III – no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto do inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas e entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

⁵²Lei n. 8.137/90:

Art. 4o. Constitui crime contra a ordem econômica:

I – abusar do poder econômico, dominando mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo entre as empresas;

II – formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

a) à fixação de artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;

b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;

c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de rede de fornecedores.

whistleblower desencentivaria suficientemente o agente a ponto de não cometer o ilícito ou, o cometendo, se as autoridades poderiam descobri-lo de forma mais precoce do que através do acordo de leniência ou ação *ex officio* do CADE, por exemplo.

Dessa forma, a partir da instituição do programa de *whistleblowers* como um desincentivo ao cometimento de cartéis, o presente trabalho visa discutir se tal instituto tem ou não efeito dissuasório, em que medida este efeito existe e o quanto pode ser eficiente⁵³.

5. SISTEMA DE INCENTIVOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DO WHISTLEBLOWER COM BASE NA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

Para a efetividade do programa, são necessárias algumas medidas em sua implementação consideradas de extrema importância, caso contrário o instituto não apresentaria qualquer efetividade ou representatividade e se quer seria possível auferir a exequibilidade do programa como desincentivo ao conluio.

David Banisar⁵⁴ ressalta que muitos *whistleblowers* enfrentam várias repercussões por suas ações, tais como: medo de retaliações (perda do seu emprego ou exclusão da área do mercado de trabalho em que atuava), barreiras existentes em vários países como obrigação de lealdade e fidelidade para com o empregador que obstam o *whistleblower* de deletar eventuais ilícitos, leis criminais que os proíbem de revelarem segredos militares e/ou de Estado e a própria barreira cultural, sob a qual os *whistleblowers* são considerados como traidores.

No atual contexto, talvez o maior exemplo mundial de um *whistleblower* e suas severas consequências – boas e ruins -, seja Edward Snowden⁵⁵, ex-analista de sistemas da *Central Intelligence Agency* – CIA (agência de inteligência dos Estados Unidos da América), que tornou público vários programas de espionagem americano,

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

⁵³MARTINEZ, Ana Paula; **Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Editora Singular, 2013. p. 68.

⁵⁴BANISAR, David. **Whistleblowing: International Standards and Developments**. 2011, p. 1, 8 – 12.

⁵⁵ Edward Snowden. Wikipédia. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Edward_Snowden, acessado em 20/11/2016.

bem como de vigilância global de comunicações (vários presidentes teriam sido interceptados, inclusive a então Presidente da República Federativa do Brasil, a Senhora Dilma Rousseff).

Com a publicização de tais informações, Edward Snowden foi acusado pelo Governo dos Estados Unidos de roubo de informações de propriedade do governo e comunicação não autorizada de dados de defesa nacional. Com isso, Snowden saiu do país em busca de asilo político.

Apesar de ser considerado um exemplo extremo, dado que tais informações diziam respeito a uma das agências de inteligência mais respeitadas do mundo e porque tais dados também atingiram autoridades de diversos países, em menor grau, é possível inferir que tais consequências também poderiam atingir outros *whistleblowers* que não puderem gozar de uma legislação minimamente protecionista.

Em seu artigo, David Banisar⁵⁶ também ressalta outros exemplos menos conhecidos – porém não menos importantes -, de *whistleblowers* que tornaram público fatos extremamente relevantes de diversas searas:

Na China, o Dr. Jiang Yanyong revelou a extensão da disseminação do vírus SEARS e potencialmente salvou milhões de vidas alertando o público. Allan Culter, um burocrata Canadense, revelou suspeitas de fraude que levou à revelação de milhões de fundos públicos desviados em um escândalo de patrocínio, levando à derrota do Partido Liberal nas eleições de 2006.

Neste sentido, os próximos subtópicos demonstrarão, brevemente, as melhores práticas internacionais desenvolvidas e utilizadas para viabilizar e garantir a efetividade de programas de *whistleblowers*, como uma forma de subsidiar os elementos necessários à introdução deste programa no ordenamento jurídico brasileiro.

5.1 Whistleblowing nos Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos, existem basicamente dois programas para *whistleblowers*: (i) o *False Claims Act*⁵⁷, lei federal que responsabiliza pessoas físicas

⁵⁶ BANISAR, David. **Whistleblowing: International Standards and Developments**. 2011, p. 6-7.

⁵⁷ Department of Justice of the USA. Legislação disponível em: https://www.justice.gov/sites/default/files/civil/legacy/2011/04/22/C-FRAUDS_FCA_Primer.pdf, acessado em 15/04/2016.

e jurídicas que fraudam programas governamentais federais (na área da saúde, corrupção, entre outros) e permite que terceiros – não participantes da conduta – delatem o crime e/ou ilícito e (ii) no âmbito da *U.S Securities and Exchange Commission - SEC*⁵⁸ (que pode ser equiparada a nossa Comissão de Valores Mobiliários – CVM), através do *Dodd-Frank Act*, que garante, inclusive, a concessão de prêmios pecuniários à indivíduos elegíveis que forneçam voluntariamente informações originais sobre ilícitos e crimes que permitam à *U.S Securities and Exchange Commission* perseguir judicial ou administrativamente tais pessoas⁵⁹.

5.1.1 *False Claims Act – FCA e o seu programa para whistleblowers*

Adotada em 1863 para identificar empresas que estavam vendendo suprimentos com defeito para o exército durante a Guerra Civil⁶⁰, autorizava os cidadãos a processar em favor do Estado em casos de fraude e receber uma recompensa por isso.

Neste sistema, figuram como sujeito ativo principalmente servidores federais. Aqui, os *whistleblowers* podem receber uma recompensa de 15% a 30% de qualquer valor reavido pelas autoridades e ainda lhes é facultado o direito a uma ação privada para reivindicações que o Governo se recusou a prosseguir⁶¹.

Ademais, o programa também oferece um robusto sistema de ‘anti-retaliações’ sem, contudo, proteger a identidade daquele que realiza a denúncia⁶².

Embora esteja em vigor há algum tempo, apenas em 2011 surgiu um novo programa, no âmbito da *U.S Securities and Exchange Commission – SEC*, que ganhou extrema relevância.

⁵⁸ O *Dodd-Frank Act* adicionou a sessão 21F para a *Securities and Exchange Act of 1934*, intitulado como “*Securities Whistleblower Incentives and Protection*”. Disponível em <https://www.sec.gov/about/offices/owb/dodd-frank-sec-922.pdf>, acessado em 20/11/2016.

⁵⁹ Informação disponível em: http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=1456 em ‘*The SEC Whistleblower Program*’. Acessado em 20/11/2016.

⁶⁰ BANISAR, David. **Whistleblowing: International Standards and Developments**. 2011. p. 5.

⁶¹ ENGSTROM, David Freeman; **Whither Whistleblowing? Bounty Regimes, Regulatory Context, and the Challenge of Optimal Design**, p.8. Disponível em: http://law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/default/files/publication/678593/doc/slspublic/Engstrom_Whither%20Whistleblowing%20Bounty%20Regimes,%20Regulatory%20Context,%20and%20the%20Challenge%20of%20Optimal%20Design.pdf, acessado em 13/05/2016.

⁶²*Ibidem*. p. 8.

5.1.2. *U.S Securities and Exchange Comission – SEC e o seu programa para whistleblowers*

Nos crimes relacionados ao mercado de valores, em ações que resultem em sanções pecuniárias maiores que USD 1.000.000,00 (um milhão de dólares), o *whistleblower* é recompensado com determinado percentual de tal multa.

No programa da SEC⁶³, adotado em 2011, as principais regras do programa são: recompensar indivíduos que, tão logo saibam de possíveis violações, venham a expor à autoridade, a fim de efetivamente colaborar com a SEC e auxiliá-la a identificar e punir tais infratores com sucesso. Sob tal perspectiva, o *whistleblower* deve, voluntariamente, levar tais informações à agência. Caso tal denúncia origine uma punição mínima de USD 1.000.000,00 (um milhão de dólares), o *whistleblower* poderá ganhar de 10% (dez por cento) à 30% (trinta por cento) da multa aplicada, como método de incentivo à realização da denúncia.

Para tais fins, a denúncia pode ter sido ofertada por mais de um *whistleblower* que, por sua vez, dividirão tal gratificação, caso esta seja obtida. No entanto, a SEC detém o poder de decisão sobre executar ou não uma ação e, a executando, ela própria calculará a recompensa devida ao(s) *whistleblower(s)*⁶⁴.

Em apresentação elaborada por Paul Alan Gumagay⁶⁵ em palestra proferida em Florianópolis/SC sobre o assunto, o consultor da SEC esclareceu os passos para que o(s) *whistleblower(s)* apresentem informações à autoridade:

Para ser elegível para um prêmio, e para fins de confidencialidade, o *whistleblower* deve enviar suas informações através do site da SEC (www.sec.gov), ou preenchendo Form-TCR e enviando por fax para a SEC.

O site da SEC tem uma seção chamada o Portal de Dicas, Reclamações e Referências (TCR), onde o *whistleblower* poderá

⁶³*Ibidem*.

⁶⁴ ENGSTROM, David Freeman; **Whither Whistleblowing? Bounty Regimes, Regulatory Context, and the Challenge of Optimal Design**, p.7. Disponível em: http://law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/default/files/publication/678593/doc/slspublic/Engstrom_Whither%20Whistleblowing%20Bounty%20Regimes,%20Regulatory%20Context,%20and%20the%20Challenge%20of%20Optimal%20Design.pdf, acessado em 13/05/2016.

⁶⁵ Consultor Sênior Especial de Assuntos Internacionais - US Securities and Exchange Commission – SEC/EUA. Informação disponível em: <https://www.federalpay.org/employees/securities-and-exchange-commission/gumagay-paul-a> e <http://opendatany.com/attorney.php?id=3024023>, ambos acessados em 15/11/2016.

enviar informações e se candidatar para ser elegível para um prêmio de denunciante.

Um denunciante (*whistleblower*) pode enviar informações anonimamente. Para fazer isso, o denunciante deve ser representado por um advogado. Antes do pagamento de qualquer prêmio pela Comissão, o denunciante deve revelar a sua identidade à Comissão⁶⁶.

Nesta mesma apresentação, Paul Alan Gumagay ressalta que a SEC é obrigada a manter o sigilo da identidade dos *whistleblowers*, salvo quando necessário para proteger os investidores em uma ação de execução da SEC e quando do compartilhamento de tais informações com outras autoridades, como o DOJ (Departamento de Justiça), por exemplo.

Dentre outras observações, Paul também destaca que funcionários da SEC e do Departamento de Justiça, bem como advogados que foram eventualmente procurados por empregados ou ex-empregados de empresas envolvidas em fraudes, não são elegíveis como *whistleblowers*. A ideia é de que a capacidade postulatória para tanto seja, preferencialmente, apenas de empregados ou ex-empregados de empresas que tenham cometido eventuais ilícitos e/ou crimes.

Por fim, contra eventuais retaliações, é importante destacar os seguintes pontos do programa:

Um denunciante [whistleblower] é protegido da retaliação do emprego se o denunciante possui uma crença razoável de que a informação que ele ou ela está fornecendo se relaciona com uma possível violação da lei de valores mobiliários que ocorreu, está em andamento ou está prestes a ocorrer.

Ou seja, em suma, para além da eventual recompensa pecuniária – que configura um excelente incentivo à realização da delação, quando sopesado com os riscos advindos da própria ação – os principais pilares do programa da SEC, visam: (i) oportunizar ao *whistleblower* a possibilidade de oferecer a denúncia de forma anônima ou não, (ii) a garantia que esta pessoa não poderá sofrer retaliações em virtude de eventual denúncia (como perder o emprego em decorrência da formalização de uma

⁶⁶ Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. Informação disponível em: http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=1456 em ‘*The SEC Whistleblower Program*’. Acessado em 20/11/2016.

representação contra o empregador, por exemplo) e (iii) recompensa pecuniária sobre eventual condenação, como estímulo a realização de denúncias.

Ao que tudo indica, este sistema de incentivo tem funcionado de maneira expoente, tendo em vista que o programa já recompensou *whistleblowers* em mais de USD 100.000.000,00 (cem milhões de dólares), sendo que um deles, pessoalmente, chegou a ser contemplado com mais de USD 22.000.000,00 (vinte e dois milhões de dólares) em virtude de informações fornecidas à SEC⁶⁷ que levaram à persecução vitoriosa de crimes relacionados ao mercado de valores.

Para finalizar, David Freeman Engstrom⁶⁸ ilustra em um esquema a comparação entre os dois sistemas de proteção e remuneração à *whistleblowers* supracitados, que está acostado no Anexo I deste artigo.

5.2 South Korea's Informant Reward Program – Programa de recompensa para *whistleblowers* da Coréia do Sul

Desde de 2002 a *Korea Fair Trade Commission (KFTC)*⁶⁹ incorporou a seguinte política: “Fornece recompensas monetárias baseadas em certas regras e processos para aqueles que relatam ou fornecem informações sobre certas violações do direito da concorrência com provas que subsidiem tais denúncias”.

Ademais, também investiu na proteção do *whistleblower*, bem como em sua possível recompensa monetária, que poderá chegar a 3 bilhões⁷⁰.

De acordo com o KFTC, o *Informant Reward Program*:

Um efeito de promover o cumprimento da lei da concorrência que ajuda a descobrir e corrigir as violações da lei cedo, incentivando a participação das pessoas e incentivando as empresas a melhorar seus esforços para prevenir violações da lei. (grifei)⁷¹

⁶⁷ U.S. Securities and Exchange Commission. Dados disponíveis em: <https://www.sec.gov/news/pressrelease/2016-173.html>, <https://www.sec.gov/news/pressrelease/2016-237.html> e <https://www.sec.gov/news/pressrelease/2016-172.html> - acessados em 19/11/2016.

⁶⁸ Professor associado da Stanford Law School.

⁶⁹ Organization for Economic Co-operation and Development, “**Asia- Pacific Competition Update**”, Disponível em: www.oecde.org/daf/competition/OECD_NEWSLETTER_8_final.pdf, acessado em 20/10/2010.

⁷⁰ STUCKE, Maurice E. **Leniency, Whistle-Blowing and the Individual: Should We Create Another Race to the Competition Agency?** Publicado em: C Beaton-Wells and C Trans (eds), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion*. Hart Publishing, 2015.

⁷¹ Organization for Economic Co-operation and Development – OCDE; Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, “**Promoting Compliance with Competition Law**”,

5.3 Aplicabilidade da experiência internacional no direito antitruste brasileiro

Dentre os 3 (três) institutos acima destacados, todos convergem nos seguintes pontos:

- (i) Proteção à identidade do *whistleblower*;
- (ii) Sistema de proteção contra possíveis retaliações; e
- (iii) Sistema de incentivos à realização da delação, como possível remuneração pecuniária do *whistleblower* a partir da multa aplicada ao infrator denunciado.

Dessa forma, na implementação deste instituto através de um Projeto de Lei, deverá ser levado em consideração as três premissas supracitadas, pilares fundamentais do funcionamento e efetividade de qualquer programa para *whistleblowers* seja no âmbito federal, de valores mobiliários ou na seara antitruste.

Tais previsões também encontram respaldo em guia desenvolvido em Julho de 2012 pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE⁷², no qual também destaca alguns dos principais pontos para implementar e fomentar o *whistleblowing*, tais como:

- (i) Existência de legislação clara a fim de proteger os *whistleblowers* contra retaliações, discriminações ou ações disciplinatórias realizadas por seus empregadores quando informarem de boa-fé ou com razoáveis argumentos, suspeitas de ações lícitas ou corrupção;
- (ii) Quais os remédios e ações tomadas contra empregadores que retaliarem um *whistleblower* e que sejam suficientemente claras;
- (iii) Existência de claros procedimentos que facilitem a realização da denúncia pelo *whistleblower*;
- (iv) As proteções quanto a identidade dos denunciantes sejam claras na legislação;

disponível em www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf, acessado em 20/11/2016.

⁷² Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE; *Whistleblower protection: encouraging reporting*, disponível em <http://www.oecd.org/cleangovbiz/toolkit/50042935.pdf>, p.6, acessado em 20/11/2016.

Estas também são as conclusões de David Banisar que, complementarmente, alega que a legislação que torna difícil a delação de um *whistleblower* diminui e milita contra delações, ao mesmo tempo em que uma lei que encoraja delações de maneira ilimitadas também não fomenta resoluções internas e, tampouco, aprimora a cultura de que a sociedade deva participar e delatar o que encontrar de errado nos locais em que trabalha⁷³.

Ademais, Banisar defende que embora os *whistleblowers* devam estar munidos de boa-fé (apesar de ressaltar que inúmeros *whistleblowers* tenham várias razões – que não só a boa-fé – para delatar algum crime e/ou ilícito), o foco das autoridades deve ser mais na veracidade das informações do que propriamente na motivação deste *whistleblower*⁷⁴.

Idealmente, o *whistleblower* deveria ter a oportunidade de fazer esta denúncia dentro da própria organização sobre a premissa de que ‘‘uma boa instituição tem interesse em saber da infração para que possa corrigi-lo’’⁷⁵. Inclusive, o autor cita que autoridades do Reino Unido, Nova Zelândia e Canadá fomentam este tipo de política, a fim de que futuros problemas possam ser dirimidos administrativamente dentro da própria empresa e/ou organização (o autor cita, inclusive, que algumas empresas criaram uma espécie de central de atendimento para receber este tipo de informação).

No entanto, o *whistleblower* que não puder gozar de tal procedimento dentro de seu local de trabalho, não deveria ser obstado a relatar o problema às autoridades competentes (que, no caso deste trabalho, seria o CADE).

Dessa forma, é possível concluir que os 3 (três) principais pilares na elaboração de um Projeto de Lei para fomentar a participação de *whistleblowers*, são: proteção à sua identidade, sistema de proteção contra possíveis retaliações (principalmente advindas de seu empregador) e sistema de incentivos à realização da delação (como possível remuneração pecuniária do *whistleblower*).

⁷³ BANISAR, David. **Whistleblowing: International Standards and Developments**. 2011, p. 33.

⁷⁴ *Ibidem*. p. 27.

⁷⁵ *Ibidem*. p. 28.

5.4. Impacto e utilidade do instituto na realização de cartéis segundo a análise econômica do crime desenvolvida por Gary Becker

Diante de todo o exposto até o presente momento, faz-se necessário tecer algumas considerações.

Em primeiro lugar, antes de discutir a capacidade dissuasória do instituto contra a realização de cartéis ou o quão cedo o CADE poderia descobri-los, é necessário ressaltar que o programa de *whistleblower* demanda resguardar, em especial, os 3 (três) preceitos fundamentais acima apontados para o seu correto funcionamento e para que haja alguma efetividade.

Diante deste cenário, no qual os *whistleblowers* sintam-se suficientemente protegidos e com um sistema de incentivos à delação razoavelmente atrativo, é possível inferir que dentro da fórmula apresentada no capítulo 5 ($Ve = Bc - (Sp \times Pd)$): em que Ve = valor esperado com a prática do crime; Bc = benefício auferido com o crime; Sp = sanções previstas e Pd = Probabilidade de detecção), a existência de *whistleblowers* no ordenamento jurídico brasileiro representaria um aumento significativo na variável ‘Pd’, qual seja, na probabilidade de detecção.

Isto porque aqueles que desejam aumentar seus lucros através da realização de um cartel, terão de levar em consideração, para além da probabilidade de detecção por meio de um acordo de leniência e/ou uma atuação *ex officio* do CADE, também a possibilidade de que qualquer um de seus empregados ou ex-empregados que tenham tido conhecimento do ilícito, procurem o CADE e relatem o cartel à autoridade antitruste.

Neste caso, a decisão de realizar um cartel deverá levar em consideração o aumento do risco de detecção. E não só isso: este risco aumenta para todos os participantes do conluio, ou seja, quanto maior o número de participantes, maior a probabilidade de que os funcionários e/ou ex-funcionários das empresas participantes do cartel tenham conhecimento do ilícito e o reportem ao CADE⁷⁶.

⁷⁶ Neste trabalho, não será testada a fórmula desenvolvida por Ana Paula Martinez ($Ve = Bc - (Sp \times Pd)$). Tal hipótese – de que a implementação do instituto de *whistleblower* representaria um aumento significativo na probabilidade de detecção, bem como o quão cedo o Cade teria conhecimento de um cartel -, poderá ser futuramente desenvolvida em um trabalho de mestrado. Por ora, é possível afirmar

No entanto, este não seria o único possível benefício da implementação do instituto.

Além do provável aumento do grau de detecção de ilícitos, também surge uma nova modalidade de persecução a cartéis, na qual, diferentemente do Acordo de Leniência, em que o próprio participante do ilícito recebe benefícios administrativos e penais por ter sido o primeiro a relatá-lo, no programa de *whistleblowers*, o CADE deixaria de beneficiar infratores e teria acesso a uma ferramenta na qual poderia atingir a integralidade de participantes de um determinado cartel, sem que nenhum deles receba qualquer benefício (para além daqueles que eventualmente firmem TCC com a autoridade e gozem de um desconto no provável valor da multa que seria aplicada pelo Tribunal do CADE, quando do julgamento final do processo administrativo).

O fato é que as empresas teriam de sopesar tal risco – talvez aumentando mais ainda os valores dos serviços e produtos cartelizados, assumindo a hipótese de que os empresários ainda considerarem que o benefício de realizar um cartel é maior do que a probabilidade de ser descoberto – ou investiriam em robustos programas de *compliance*, por exemplo, a fim de evitar que determinadas condutas coloquem a empresa como integrante do polo passivo de um Processo Administrativo perante o CADE.

Além do mais, também parece viável que o CADE venha a tomar conhecimento de eventuais cartéis de maneira mais rápida quando comparada ao Acordo de Leniência.

Como explicitado no capítulo 2.1, o Acordo de Leniência tem-se mostrado muito efetivo. Contudo, a maioria dos cartéis somente são descobertos após anos de prática e, portanto, o bem-estar da sociedade e do mercado ainda encontra-se vulneráveis. Como a delação do ilícito pelo *whistleblower* independe do equilíbrio do cartel entre os supostos concorrentes (isto é, não é preciso que haja alguma vulnerabilidade dentro do cartel para que um dos participantes cogite assinar um

que dentre os todos os fatores expostos, a possibilidade de que o programa tenha efeito dissuasório sobre a realização de cartéis é plausível.

Acordo de Leniência), a existência de um bom programa de proteção e fomento aos *whistleblowers*, poderá, sim, tornar o CADE ciente de ilícitos em períodos muito mais curtos quando comparados ao Acordo de Leniência e criar mais uma barreira e/ou dificuldade à realização de cartéis.

CONCLUSÃO

Como visto, a livre concorrência é um dos principais princípios da ordem econômica, defendido expressamente na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 170, inciso IV⁷⁷.

Para tanto, a Lei n. 12.529/11, em seu artigo 1º, estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC (composto também pelo CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda) e dispôs sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e também repressão ao abuso do poder econômico⁷⁸.

Também atribuiu ao CADE (de acordo com o art. 69 e subsequentes da Lei n. 12.529/11) a competência para processar, julgar e impor sanções administrativas por infrações à ordem econômica.

Desta forma, o presente trabalho pautou-se pela premissa de fornecer um novo subsídio de combate a cartéis, que necessita de um projeto de lei para sua efetivação, através da implementação dos *whistleblowers* como alternativa a atuação *ex officio* do CADE, bem como do conhecido Acordo de Leniência.

Através da aplicação da teoria de análise econômica do crime, na qual o agente sopesa a probabilidade de ser pego e a pena que receberia cometendo um ato ilícito como o cartel - ao invés de agir licitamente -, tendo em vista que os lucros

⁷⁷ Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV - livre concorrência

⁷⁸ Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

advindos da formação de cartel poderiam ser superiores do que a probabilidade de ser descoberto ou, sendo, que seja efetivamente punido.

Neste sentido, verificou-se que caso haja uma legislação clara e protecionista em relação aos *whistleblowers*, a probabilidade de detecção de cartéis aumentaria, bem como a possibilidade de serem descobertos em pouco tempo de atuação.

Isto porque, diferentemente da leniência, que normalmente ocorre quando há algum desequilíbrio entre os participantes do ilícito, o *whistleblower* não se exporia a qualquer destas variáveis, bastando que tenha: (i) acesso às informações e documentos que possam subsidiar uma futura investigação pelo CADE e (ii) uma legislação que incentive este tipo de delação, prezando pelo sigilo de identidade do delator, o protegendo contra futuras retaliações – principalmente de seu empregador – e, também, oportunizando uma possível gratificação econômica, caso a denúncia se efetive e venha a ser julgada e punida pelo Tribunal do CADE.

Embora a fórmula $Ve = Bc - (Sp \times Pd)$, na qual Ve = valor esperado com a prática do crime; Bc = benefício auferido com o crime; Sp = sanções previstas e Pd = Probabilidade de detecção, não tenha sido efetivamente testada no Brasil, é possível inferir que a introdução de uma legislação que oportunize e incentive que *whistleblowers* delatem ilícitos à autoridade antitruste, exerce um fundamental peso na variável “ Pd ”, qual seja, na probabilidade de detecção.

Ademais, diferentemente dos casos descobertos em Acordo de Leniência, nos quais o CADE toma conhecimento sobre cartéis praticados a anos, talvez o *whistleblowers* possam fornecer informações sobre cartéis ainda incipientes, aumentando o bem-estar da sociedade, que deixaria de pagar o sobrepreço de produtos e serviços cartelizados após anos.

De maneira geral, a introdução dos *whistleblowers* no ordenamento jurídico brasileiro, em especial na seara antitruste, pode figurar como mais uma excelente ferramenta de combate à ilícitos concorrenciais, corroborando com as demais técnicas já aplicadas pelo CADE, prezando, assim, pelo preceito constitucional da livre concorrência.

REFERÊNCIAS

Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, **Cartéis - Seus danos e punições efetivas**, OCDE, 2002, p. 2. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/1935129.pdf> , acessado em 10/09/2016.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: The law of competition and its practice**. 3rd edition. St. Paul, 2005.

MALARD, Neide Teresinha. **Concentração de empresas: livre concorrência e limites à liberdade de iniciativa**. Brasília: UnB/Faculdade de Direito, 1997.

BRASIL, República Federativa do. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia: Programa de Leniência Antitruste do CADE**. Maio/2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf, acessado em 10/09/2016.

BRASIL, República Federativa do. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia: Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel**. Maio/2016. Disponível em http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final-1.pdf . Acesso em 02/10/2016.

MARRARA, Thiago. **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: Organização, processos e acordos administrativos de acordo com o Código de Processo Civil de 2015**. São Paulo: Editora Atlas. 2015.

HILBRECHT, Ronald H. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Editora Atlas. 2a Edição. 2014.

STUCKE, Maurice E. **Leniency, Whistle-Blowing and the Individual: Should We Create Another Race to the Competition Agency?** Publicado em: C Beaton-Wells and C Trans (eds), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion*. Hart Publishing, 2015.

BIGONE, FRIDOLFSSON, LE COQ, SPAGNOLO; Maria, Sven-Olof, Chloé and Giancarlo. **Fines, Leniency and Rewards in Antitrust.** Disponível em: <http://www.ifn.se/wfiles/wp/wp738.pdf> , acessado em 10/09/2016.

WHITAKER, L. Paige; **The Whistleblower Protection Act: An Overview.** Congressional Research Service. 2007. Disponível em: <https://www.fas.org/sgp/crs/natsec/RL33918.pdf> , acessado 07/08/2016.

NADER, Ralph; **Whistleblowing.** Penguin Books: 1974.

Júnior, João Francisco da Mota; **Proteção do Servidor Público Denunciante (Whistleblower): Um enfoque na recente tutela jurídica brasileira.** Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5492703.pdf>, acessado em 18/10/2016.

BANISAR, David. **Whistleblowing: International Standards and Developments.** 2011. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1753180 , acessado em 13/05/2016.

BECKER, Gary. **Crime and punishment: an economic approach.** Journal of political economy. 1974. Disponível em: <http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>, acessado em 10/05/2016.

AMARAL, Thiago Bottino; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. **Direito e Economia no Brasil.** Editora Atlas. 2^a ed. 2014.

COMPARATO, Fabio Konder. **Estado, Empresa e Função Social.** São Paulo: RT, 1996.

MARTINEZ, Ana Paula; **Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal.** São Paulo: Editora Singular, 2013.

ENGSTROM, David Freeman; **Whither Whistleblowing? Bounty Regimes, Regulatory Context, and the Challenge of Optimal Design,** p.8. Disponível em: http://law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/default/files/publication/678593/doc/slspublic/Engstrom_Whither%20Whistleblowing%20Bounty%20Regimes,%20Regulatory%20Context,%20and%20the%20Challenge%20of%20Optimal%20Design.pdf , acessado em 13/05/2016.

Organization for Economic Co-operation and Development, “**Asia- Pacific Competition Update**”, Disponível em: www.oecde.org.daf/competition/OECD_NEWSLETTER_8_final.pdf, acessado em 20/10/2010.

_____ ; *Whistleblower protection: encouraging reporting*, disponível em <http://www.oecd.org/cleangovbiz/toolkit/50042935.pdf>, p.6, acessado em 20/11/2016.

_____ ; Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, “**Promoting Compliance with Competition Law**”, disponível em www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf, acessado em 20/11/2016.

ANEXO 1

Esquema comparativo entre o *Qui Tam Provisions of False Claims Act* (para crimes, fraudes e ilícitos no âmbito federal):
e *Dodd-Frank Bounty Regime* (utilizado pela SEC):

2014] *Whither Whistleblowing?* 611

Table 1: Bounty Regimes at a Glance

Design Dimensions	Real-World Examples	
	Dodd-Frank Bounty Regime	Qui Tam Provisions of False Claims Act
Bounty Amount	10-30% of sanctions exceeding one million dollars	15-25% of recovery where DoJ intervenes; 25-30% where DoJ declines to join
Degree of Regulator Discretion in Making or Calculating Awards	Tipster guaranteed at least 10%; but SEC retains unappealable discretion to set amount within statutory bounds	"Relator" guaranteed at least 15%; court determines ultimate bounty amount
Whether Whistleblower Wields Independent Enforcement Authority, and Degree of Residual Public Control Over Private Enforcement Actions	No — SEC alone decides whether to pursue enforcement action	Yes — but DoJ with full gatekeeper powers to control or terminate private actions
Retaliation Protections	Anti-retaliation private right of action; anonymity guarantee where represented by counsel	Anti-retaliation private right of action, but no anonymity guarantee
Limits on Whistleblower Eligibility	Yes — excludes government agency employees and tipsters who obtained info pursuant to legal or accounting engagement or as part of internal compliance process; information must be "original" (i.e., derived from whistleblower's "independent knowledge or analysis")	"Relator" must be "original source" of information upon which fraud claim based where previously "publicly disclosed"
Filing Prerequisites	Tipster must first make internal report	None

Esquema 1 – Extraído do trabalho de David Freeman Engstrom, que compara as duas previsões legais de proteção à *whistleblowers* existentes nos Estados Unidos. Fonte: ENGSTROM, David Freeman; **Whither Whistleblowing? Bounty Regimes, Regulatory Context, and the Challenge of Optimal Design**, p.7; Disponível em: http://law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/default/files/publication/678593/doc/slspublic/Engstrom_Whither%20Whistleblowing%20Bounty%20Regimes,%20Regulatory%20Context,%20and%20the%20Challenge%20of%20Optimal%20Design.pdf, acessado em 13/05/2016

