**Jornal A Tarde – 24/09/2013**

**Acordos de leniência, pragmatismo e moralidade**

Eduardo Jordão\*

Uma das mais relevantes questões de direito regulatório nas últimas semanas envolve a Siemens e o CADE. A empresa alemã celebrou com a autoridade antitruste um acordo de leniência, por meio do qual revelou a existência de um cartel (do qual fazia parte) para fraudar licitações no setor metroviário do Estado de São Paulo. Como contrapartida destas revelações, a empresa poderá livrar-se das punições correspondentes, ou reduzi-las parcialmente.

O caso ganhou as manchetes por diversas razões. Em primeiro lugar, obviamente, pela magnitude dos valores envolvidos. Estimativas iniciais apontam que o cartel teria lesado os cofres públicos em mais de R$ 570 milhões. Em segundo lugar, porque o governo de São Paulo acusou o CADE de manejar as investigações de forma política, vazando estrategicamente para a imprensa detalhes de mazelas da administração estadual do PSDB. Em terceiro lugar, porque houve algum estranhamento por parte do público em geral a propósito da existência de um mecanismo legal que “premia” infratores que delatam os seus comparsas.

Este último ponto é o que interessa desenvolver um pouco mais neste espaço. Mesmo na doutrina jurídica especializada, há uma discussão a propósito da “moralidade” do programa de leniência. A rigor, no entanto, ele revela uma adaptação do Direito às situações fáticas complexas.

O programa de leniência deve ser encarado em sua dupla função: (i) como instrumento para facilitar a identificação e punição das atividades que restrinjam concorrência; e (ii) como estratégia regulatória para desencorajar a formação de cartéis.

Na sua primeira função, mais evidente, o programa facilita a identificação de cartéis. É incontroverso que a lei proíbe tais acordos. Na prática, no entanto, eles passam muitas vezes impunes pela dificuldade de prová-los. De um lado, porque faltam provas claras e objetivas de sua existência (aquelas conhecidas como “smoking guns”), já que os membros de um cartel costumam precaver-se da constituição de documentos que possam incriminá-los. De outro, nem todos os paralelismos de condutas entre concorrentes constituem um ilícito antitruste – podem, ao contrário, simplesmente ser economicamente racionais.

Na sua segunda função apontada acima, os acordos de leniência desestimulam cartéis. A uma, porque, temerosos de que um dos membros possa valer-se deste instrumento para escapar de punições, os eventuais interessados podem desistir de cartelizar. A duas, porque, se já criado o cartel, esta fonte de incerteza gera a necessidade de desenvolver mecanismos internos de fiscalização. Os custos desta empreitada reduzem os lucros extraídos da cartelização – e, no limite, podem torná-la economicamente irracional. Dito de outro modo, o programa de leniência amplia os custos dos cartéis, na medida em que neles inserem elementos de instabilidade.

Em última análise, portanto, a mera existência do programa já gera benefícios concorrenciais, na medida em que tem efeito indutor do comportamento empresarial. Naturalmente, a sua funcionalidade é ainda mais evidente quando a possibilidade se torna efetiva, levando à exposição de esquemas criminosos que, de outro modo, passariam despercebidos.

EDUARDO JORDÃO, 31, é Professor da FGV Direito Rio e doutorando em Direito pelas Universidade de Paris (Sorbonne) e de Roma (Sapienza).