

Opinião

Valor

Acordo de leniência e a lógica da cenoura e do porrete

A expressão “acordo de leniência” tem sido amplamente disseminada na mídia, tanto em decorrência do acordo firmado entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e a empresa que delatou suposto cartel em licitações de obras do metrô e serviços de manutenção de trens, quanto em razão da promulgação da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), que também prevê a modalidade para referir-se à possibilidade de trazer ao conhecimento da autoridade ilícito do qual se é parte e cooperar com a investigação em troca de redução ou imunidade de sanções. Mecanismo semelhante também existe na esfera penal, usualmente sob o nome de “Delação Premiada” (e.g., Lei do Crime Organizado e Lei de Lavagem de Dinheiro).

Em todos os casos, o legislador guiou-se pela lógica “da cenoura e do porrete” (stick-and-carrot approach): garantir um tratamento leniente (cenoura) para aquele que decide pôr fim à conduta e delatar a prática que de outra forma estaria exposta a sanções severas (porrete). A inspiração para o programa vem da teoria dos jogos e do clássico “dilema do prisioneiro”, explorando a natural instabilidade e desconfiança existente entre os membros responsáveis por uma conduta ilícita.

A teoria dos jogos está ligada ao desenvolvimento de modelos matemáticos sobre a estratégia para a tomada de decisões por parte de agentes racionais. O “dilema do prisioneiro” é um disseminado exemplo dessa teoria e demonstra que dois indivíduos podem não cooperar ainda que seja no melhor interesse deles fazê-lo. Suponha que dois indivíduos são presos, mas que as autoridades não detenham provas suficientes para a condenação. A polícia coloca cada indivíduo em uma sala e faz a mesma oferta para cada um: se um testemunhar contra o outro e o outro permanecer em silêncio, aquele que delatar o comparsa estará livre e o que não o tiver feito passará cinco anos na prisão. Se ambos permanecerem em silêncio, os dois estarão livres por falta de provas. Se ambos delatarem o comparsa, serão sentenciados a três anos. A incerteza em relação ao que o outro vai fazer faz com que o

agente racional opte por delatar — sendo esta, portanto, a estratégia dominante.

Para aqueles ilícitos em relação aos quais seja difícil identificar e reunir provas para a condenação, como é o caso dos cartéis e de atos de corrupção, há benefícios para a autoridade em buscar a cooperação de um dos responsáveis pela conduta. A lógica é que é preferível deixar de punir ou aplicar sanção mais branda para uma parte em troca de ter a oportunidade de punir os demais envolvidos, aumentando a dissuasão da prática.

Bem implementado, deveria ser enxergado como um instituto que permite ao infrator fazer o que é certo

Um programa de leniência será efetivo se, além de haver ameaça de sanções severas para aqueles que não delatarem o esquema, o infrator tiver receio de a conduta ser detectada pelas autoridades de forma independente. Além de instrumentos alternativos de investigação — como diligências de busca e apreensão e existência de canais efetivos de denúncias por terceiros —, alguns países têm inserido em sua legislação a previsão de recompensas monetárias para quem delatar esquemas, além de leis que impossibilitam que indivíduos sofram represálias por denunciarem ilícitos praticados na empresa em que trabalham. O Reino Unido é exemplo de ambos. O U.K. Office of Fair Trading oferece recompensa de até £100 mil para aqueles que cooperarem com as autoridades. O valor é fixado com base na relevância da informação apresentada, nos danos estimados e nos esforços e riscos empreendidos pelo delator. Já o Public Interest Disclosure Act, de 1998, impede represálias a funcionários que delatarem esquemas ilegais de suas companhias.

É crucial que o programa tenha regras claras, especialmente sobre confidencialidade, e que o candidato saiba desde o início qual é sua exposição. A reformulação do Programa de Leniência do Departamento de Justiça dos Estados Unidos em 1993 para garantir maior transparência, por exemplo, resultou em aumento

de 20 vezes do número de propostas apresentadas. Hoje, 90% dos valores recolhidos em investigações de cartéis são decorrentes de processos iniciados por Acordo de Leniência. Esse tripé (sanções severas, receio de detecção e transparência) é tido como responsável pelo sucesso de programas de delação de sistemas mais avançados.

No Brasil, o instituto foi inicialmente recebido com muitas críticas: não seria desejável que o Estado incentivasse conduta (traição) que gera desconfiança e desordem social. A aversão à delação pode ser justificada por célebres episódios que marcam o inconsciente coletivo do brasileiro: desde a delação de Joaquim Silvério dos Reis em 1789, que denunciou a Inconfidência Mineira em troca de perdão de dívidas, até episódios ocorridos na ditadura militar. Em outros países, como nos Estados Unidos, os chamados whistleblowers (delatores) são tidos como heróis, sujeitos corajosos, “personalidades do ano”.

O Programa de Leniência, quando bem implementado, deveria ser enxergado como um instituto que permite ao infrator fazer o que é certo: cessar a conduta ilegal e colaborar com as investigações, com esperado incremento do bem-estar social. Foi com esse mote que a autoridade concorrencial do Japão conseguiu fazer com que executivos japoneses passassem a firmar acordos, apesar da forte cultura de cooperação empresarial e resistência à delação.

Desde 2005, como resultado da valorização do instituto, foram recebidas mais de 480 propostas de acordos de leniência. Apesar de a percepção pública brasileira não ter chegado a este ponto, a resistência parece se reduzir, com a proliferação de acordos firmados: mais de 30 apenas com o Cade desde 2003. O uso consciente do Acordo de Leniência pelas autoridades públicas, especialmente em decorrência da descentralização de competências prevista pela Lei Anticorrupção, será determinante para garantir a atratividade do instituto para os agentes privados.

Ana Paula Martínez é sócia de Levy & Salomão Advogados, mestre em Direito por Harvard e USP e doutora em Direito Penal Econômico pela USP