

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS**  
**ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO**  
**DIREITO GV**

**GUILHERME TEIXEIRA PEREIRA**

**Política de Combate a Cartel no Brasil**  
**Análise Jurídica do Acordo de Leniência e do Termo de Compromisso de**  
**Cessação de Prática**

**São Paulo**

**2011**

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS**  
**ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO**  
**DIREITO GV**

**Política de Combate a Cartel no Brasil**

**Análise Jurídica do Acordo de Leniência e do Termo de Compromisso de  
Cessação de Prática**

**Dissertação para submissão à banca  
examinadora no âmbito do Curso de Mestrado  
em Direito e Desenvolvimento Econômico e  
Social da Escola de Direito de São Paulo da  
Fundação Getulio Vargas, dentro da linha de  
pesquisa “Direito dos Negócios e  
Desenvolvimento Econômico e Social”.**

**Aluno: Guilherme Teixeira Pereira**

**Orientador: Prof. Dr. Ary Oswaldo Mattos Filho**

**São Paulo**

**2011**

Pereira, Guilherme Teixeira.

Política de Combate a Cartel no Brasil – Uma Análise Jurídica do Acordo de Leniência e do Termo de Compromisso de Cessação de Prática /  
Guilherme Teixeira Pereira. - 2011.

156 f.

Orientador: Ary Oswaldo Mattos Filho

Disserta o (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo.

1. Concorrência. 2. Direito econômico -- Brasil. 3. Cartéis. 4. Direito antitruste -- Brasil. 5. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Brasil).  
I. Mattos Filho, Ary Oswaldo. II. Disserta o (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo. III. Título.

CDU 334.753(81)

**GUILHERME TEIXEIRA PEREIRA**

**Política de Combate a Cartel no Brasil  
Análise Jurídica do Acordo de Leniência e do Termo de Compromisso de  
Cessação de Prática**

Dissertação para submissão à banca examinadora no âmbito do Curso de Mestrado em Direito e Desenvolvimento Econômico e Social da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, dentro da linha de pesquisa “Direito dos Negócios e Desenvolvimento Econômico e Social”.

**Data de aprovação:**

\_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

**Banca Examinadora:**

---

Prof. Dr. Ary Oswaldo Mattos Filho (Orientador)  
FGV - EDESP

---

Prof. Dr. Mário Gomes Shapiro  
FGV – EDESP

---

Prof. Dr. Paulo Furquim de Azevedo  
FGV – EESP

**São Paulo**

**2011**

# SUMÁRIO

<b>RESUMO .....</b>	<b>07</b>
---------------------	-----------

## **CAPÍTULO I**

1.1 Introdução .....	08
1.2 Objetivos do Trabalho .....	18
1.3 Metodologia .....	18
1.4 Relevância do Tema .....	20

## **CAPÍTULO II**

2.1 Acordo de Leniência - Objetivos e Histórico .....	26
2.2 Benefícios para a Autoridade Antitruste .....	33
2.3 O Acordo de Leniência no Brasil .....	37

## **CAPÍTULO III**

3.1 Termo de Compromisso de Cessação de Prática (TCC) - Objetivos e Histórico .....	44
3.2 O Termo de Compromisso de Cessão de Prática no Brasil .....	48
3.3 A Análise Econômica do Termo de Compromisso de Cessão de Prática .....	59
3.4 A Relação entre o Acordo de Leniência e o Termo de Compromisso de Cessão de Prática no Brasil .....	63
3.4.1 .Acordo de Leniência x TCC x Julgamento .....	67
3.5 A Política de Termo de Compromisso de Cessão de Prática Brasileira e a Dissuasão da Prática de Cartel .....	85
3.5.1 A Contribuição Pecuniária de um TCC sem Acordo de Leniência.....	88

3.5.2 A Contribuição Pecuniária de um TCC com Acordo de Leniência .....	90
---	----

## **CAPÍTULO IV**

4.1 Conclusão .....	95
4.1.1 A regulação atual do TCC implica em potenciais prejuízos ao programa de Acordo de Leniência? Se positivo, quais? .....	96
4.1.2 A despeito da regulação atual do TCC, a forma como o CADE vem aplicando este instituto jurídico tem desprestigiado o programa de Acordo de Leniência? .....	99
4.1.3 Há algum indício e/ou prova de que os agentes econômicos têm, estrategicamente, se utilizado mais dos TCCs em detrimento do Acordo de Leniência? Se positivo, esse fato é prejudicial à política brasileira de combate a cartéis? .....	101
4.1.4 Há medidas que podem ser adotadas para aperfeiçoar os instrumentos que compõem a política de combate a cartéis brasileira (Acordo de Leniência e TCC)?.....	102
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>106</b>
<b>APÊNDICE – A .....</b>	<b>114</b>
<b>APÊNDICE – B .....</b>	<b>115</b>
<b>APÊNDICE – C .....</b>	<b>128</b>
<b>APÊNDICE – D .....</b>	<b>135</b>
<b>APÊNDICE – E .....</b>	<b>143</b>
<b>APÊNDICE – F .....</b>	<b>150</b>

## RESUMO

A pesquisa desenvolvida pretendeu analisar dois dos instrumentos jurídicos que compõem a atual política de combate a cartel brasileira (Acordo de Leniência e Termo de Compromisso de Cessação de Prática - TCC), com o objetivo de verificar se os mesmos estão funcionando de forma integrada e eficiente em prol da dissuasão da prática de cartel na economia brasileira, e preservação da concorrência. Nesse sentido, no Capítulo I se contextualiza o problema enfrentado a partir da demonstração da divergência existente entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e a Secretaria de Direito Econômico (SDE) em relação às condições que devem permear a celebração de um TCC em prol da preservação da política de Acordo de Leniência, além do que se demonstra a relevância do seu estudo e a metodologia empregada. Nos Capítulos II e III o problema central da pesquisa é enfrentado por meio da análise dos objetivos dos institutos jurídicos do Acordo de Leniência e TCC, da sua relação de complementaridade no âmbito de uma política de combate a cartel eficiente, e da posição da SDE e do CADE acerca da aplicação desses instrumentos. Por fim, após percorrer todo esse caminho, no Capítulo IV conclui-se com respostas às seguintes questões formuladas: i) A regulação atual do TCC implica em potenciais prejuízos ao programa de Acordo de Leniência? Se positivo, quais?; ii) Apesar da regulação atual do TCC, a forma como o CADE vem aplicando este instituto jurídico tem desprestigiado o programa de Acordo de Leniência?; iii) Há algum indício e/ou prova de que os agentes econômicos têm, estrategicamente, se utilizado mais dos TCCs em detrimento do Acordo de Leniência? Se positivo, esse fato é prejudicial à política brasileira de combate a cartéis?; iv) Há medidas que podem ser adotadas para aperfeiçoar os instrumentos que compõem a política de combate a cartéis brasileira (Acordo de Leniência e TCC)?

**Palavras-chaves:** Concorrência, Cartel, Acordo de Leniência, Termo de Compromisso de Cessação de Prática, Secretaria de Direito Econômico, Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

# CAPÍTULO I

## 1.1 Introdução

O cartel é uma conduta que consiste em acordos entre concorrentes com o objetivo, principalmente, de combinar preços ou quotas de produção, divisão de clientes e de mercados. A partir dessa prática se visa à eliminação da concorrência com o conseqüente aumento de preços e redução do bem estar do consumidor.

Dessa forma, qualquer economia baseada na livre concorrência está suscetível a se deparar com esse tipo de prática. Isto porque<sup>1</sup>:

(...) a concorrência, ainda que lícita, prejudica os concorrentes, pois faz com que o empresário acabe por auferir lucros menores, força o cuidado com a qualidade do produto e gera a necessidade de investimentos para que o agente econômico possa manter-se no mercado, competindo. (...) É, portanto, “natural” que os agentes econômicos busquem a supremacia no mercado, para poder dominá-lo e desfrutar das vantagens proporcionadas por um monopólio, afastando a concorrência que tanto prejudica seus interesses.

Nesse contexto, o combate a esta conduta anticompetitiva foi um dos motivos para a construção de uma política antitruste norte-americana no final do século dezenove, tendo em vista o surgimento e atuação de diversos cartéis nesta época. Um dos principais objetivos do Sherman Act foi à proibição expressa de acordos entre concorrentes que pudessem restringir a concorrência, prevendo, inclusive, pena de prisão para quem assim agisse.<sup>2</sup>

Após a edição desta lei, a Suprema Corte Norte Americana passou a aplicá-la nas decisões dos casos relacionados a cartéis. Um dos casos emblemáticos foi o *Trans-Missouri Freight Association*, cartel formado por dezoito ferrovias que combinavam o preço da taxa de transporte de bens. Em 1897 a Suprema Corte

---

<sup>1</sup> FORGIONE, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2º ed., 2005, p.396-397.

<sup>2</sup>Conferir nesse sentido: MOTTA, Máximo. Competition Policy: Theory and Practice. São Paulo: Cambridge University Press, 12º Ed., 2009. p. 1-4.



julgo ilegal o acordo não acatando o argumento de que o preço da taxa de transporte era razoável e que a prática de fixação de preço visava prevenir a concorrência predatória.<sup>3</sup>

No Brasil, verifica-se desde a década de 30 iniciativas legislativas voltadas à regulação da concorrência. Nesse sentido, o Decreto-Lei n.º 869/38, que definiu os crimes contra a economia popular, inaugurou o controle comportamental e estrutural dos agentes econômicos, não obstante a sua aplicação não ter se revelado usual.<sup>4</sup> Por meio desse diploma o crime de cartel foi incluído no rol de crimes contra a economia popular.<sup>5</sup>

Posteriormente, em substituição a esse regramento, foi editado o Decreto-Lei n.º 7.666/45, com o propósito de coibir os atos contrários à ordem moral e econômica, e que, entre outras matérias, regulou o cartel como ato contrário aos interesses da economia nacional<sup>6</sup> e criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE), órgão que deu origem ao atual Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). No entanto, antes mesmo desta comissão ser instaurada, o Decreto-Lei n.º 7.666/45 foi revogado expressamente pelo artigo primeiro e único do Decreto-Lei 8.167, editado no mesmo ano.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> Conferir MOTTA, Massimo. Op. cit. p.4.

<sup>4</sup> Conferir GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Cartel: teoria unificada da colusão. São Paulo: Lex Editora, 2006, p. 32 e seguintes: “Não se sabe exatamente o motivo, mas o principal e talvez o único caso de aplicação da referida norma foi um parecer do Consultor Geral da República, dr. Aníbal Freire, para o Conselho Nacional do Petróleo, no qual se constatou que a fixação contratual dos preços de revenda dos postos de gasolina pela *Standard Oil Company of Brazil* violava o Decreto. De qualquer maneira, não é de todo desarrazoado afirmar que a aplicação do Decreto-Lei n.º 869/38 foi restrita a ponto de alguns doutrinadores modernos simplesmente a desconhecêrem ou a desconsiderarem.”

<sup>5</sup> “Art. 2º São crimes dessa natureza:

III, promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio.”

<sup>6</sup> “Art. 1º Consideram-se contrários aos interesses da economia nacional:

I – Os entendimentos, ajustes ou acordos entre empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios, que tenham por efeito:

a) elevar o preço de venda dos respectivos produtos;  
b) restringir, cercear ou suprimir a liberdade econômica de outras empresas;  
c) influenciar no mercado de modo favorável ao estabelecimento de um monopólio, ainda que regional;”

<sup>7</sup> “Art. 1º Fica revogado o Decreto-Lei n.º 7666 de 22 de junho de 1945”.

Com esse hiato de regulamentação, o direito concorrencial brasileiro deixou de ter corpo material próprio, só voltando a ressurgir de forma autônoma em 1962 com a promulgação da Lei 4.137, que regulamentou o art. 148 da Constituição Federal de 1946, estabelecendo as hipóteses de abuso do poder econômico, dentre as quais, a conduta de cartel<sup>8</sup>, e que criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), instituindo-lhe competência administrativa para a aplicação das normas relativas a esse ramo da ciência jurídica.<sup>9</sup>

Por fim, só após mais de trinta anos a Lei 4.137/62 foi revogada pela Lei 8.884/94 (atual Lei Antitruste Brasileira), que definiu como infração da ordem econômica quaisquer atos que tenham por objeto ou possam: 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; iv) exercer de forma abusiva posição dominante.<sup>10</sup>

Logo, o cartel foi configurado como infração da ordem econômica pela atual Lei Antitruste Brasileira na medida em que este acordo entre concorrentes, como já

---

<sup>8</sup> “Art. 2º Consideram-se formas de abuso de poder econômico:

I – Dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de:  
a) ajuste ou acordo entre empresas, ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de suas atividades;”

<sup>9</sup> É importante registrar que durante o período compreendido entre o final do ano de 1945 até a edição da Lei ° 4.137 no ano de 1962, algumas legislações que visavam à intervenção do Estado na Economia foram promulgadas, como, por exemplo, a Lei n.º 1.300/50 que congelou os preços dos aluguéis de imóveis, a “nova” (para a época) Lei de Crimes contra a Economia Popular, Lei n.º 1.521/51, que tornou crime a transgressão de tabelas oficiais de preços, etc.. No entanto, o objetivo das mesmas não ultrapassava o controle de preços, ficando a regulação da defesa da concorrência instituída do ponto de vista formal, mas obsoleta do ponto de vista material. Nesse sentido, conferir: GICO JUNIOR, Ivo Teixeira, ob. cit., p. 34-35. Ademais, sobre posições diversas acerca do surgimento do direito concorrencial brasileiro, conferir: BANDEIRA, Moniz. Cartéis e Desnacionalização (A experiência Brasileira: 1964:1974), 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira (Coleção Retratando Brasil, vol. 96). 1975, p. 3; BASTOS, Aurélio Wander. Cartéis e Concorrência – Estudo sobre a Recuperação Legislativa de Conceitos de Direito Econômico no Brasil, Arquivos do Ministério da Justiça, ano 48, n.º 186, jul/dez., 1995, p. 93; e FARINA, Elizabeth M. M. Q. Teoria Econômica, Oligopólio e Política Antitruste. Revista de Direito da Concorrência, n.º 6, abr./jun., 2005, p. 38.

<sup>10</sup> Art. 20 – Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos:

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;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante

dito, tem como objetivo e/ou efeito a eliminação da concorrência. Além disso, algumas espécies de cartéis foram tipificadas expressamente como tal.<sup>11</sup>

No entanto, dada a dificuldade de configuração da existência de um cartel, a adoção de leis que tipificam esse acordo como ilícito e/ou crime por si só nem sempre se revela suficiente para dissuadir essa prática anticoncorrencial.<sup>12</sup>

Em virtude disso, alguns países têm adotado políticas públicas que visam ajudar no processo de identificação de um cartel.<sup>13</sup> Uma das políticas que tem se revelado positiva é o Acordo de Leniência. Em breve síntese, por este instrumento a autoridade pública oferece leniência administrativa e/ou criminal a um dos participantes do cartel em troca de informações e provas sobre a prática anticompetitiva.

Os EUA adotaram pela primeira vez esse instituto em 1978, mas sem obter grande êxito, tendo em vista que essa primeira versão estabelecia critérios subjetivos para que o Governo Americano decidisse pela concessão da leniência ao interessado. Esse ambiente de incerteza acabou por desestimular a cooperação dos agentes envolvidos na prática de cartéis e o interesse pela obtenção da leniência.

---

<sup>11</sup> Art. 21 – As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração a ordem econômica;

I - fixar ou praticar, em acordo com o concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou prestação de serviços;

II – Obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III – dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;

<sup>12</sup> Nesse sentido, FORGIONI, Paula A. op. cit., p. 411: “Muitas vezes, a identificação do efeito anticoncorrencial do ato é tarefa difícil, ou seja, o intérprete deve lidar com a possibilidade de que a uniformização dos preços observada no mercado pode decorrer de seu funcionamento “normal”. A existência de certa *price leadership* ou mesmo de comportamento uniforme pode não implicar qualquer conluio ou abuso de posição dominante por parte dos agentes econômicos, nas decorrer de processo normal de concorrência que culmina, inclusive, com o paralelismo consciente.”

<sup>13</sup> Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, União Européia, dentre outros. Conferir *OECD Fighting Hard Core Cartels – Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes – 2002*, p. 33-69. Disponível em [www.oecd.org](http://www.oecd.org).

Posteriormente em 1993 foi implementado o *Amnesty Program*, uma revisão do programa anterior com a adoção de critérios mais objetivos para a concessão da leniência, quais sejam: i) concessão imediata da leniência caso não haja conhecimento de investigação prévia; ii) a possibilidade de concessão de leniência mesmo após o início do processo investigatório; e iii) quando da assinatura do acordo, todos os executivos, diretores e funcionários que participam da cooperação ficam protegidos de futuros processos criminais.<sup>14</sup>

No Brasil o Programa de Leniência foi introduzido em agosto de 2000 através da Medida Provisória nº 2.055, posteriormente convertida na Lei 10.149/2000, que incluiu alguns dispositivos na Lei Antitruste Brasileira (Lei 8.884/94), dentre os quais os arts. 35-B e 35-C, que regulam esse instrumento.

A versão brasileira tem grande influência do modelo norte-americano, sendo que os requisitos que devem ser cumpridos pelos interessados para se qualificarem para a celebração de um acordo de leniência são: (i) a empresa ou pessoa física ("beneficiário") deve ser a primeira a se qualificar com respeito à infração; (ii) o beneficiário deve cessar completamente seu envolvimento na infração a partir da data de propositura do acordo; (iii) a SDE não deve dispor de provas suficientes para assegurar a condenação das empresas ou pessoas físicas quando da propositura do acordo; (iv) o beneficiário deve confessar sua participação no ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações; (v) o beneficiário deve colaborar com as investigações de forma a permitir a identificação dos demais co-autores da infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração e, finalmente, (vi) o beneficiário não pode ser um dos líderes do cartel investigado.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Conferir GABAN, Eduardo Molan. Acordos de Leniência no Brasil In **Direito Empresarial - Questões Contemporâneas em Coletânea**", São Paulo: ed. Singular, 2007, p. 37-38, e WILLS, Wouter P.J. Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice, *World Competition*, **30 (1)**: 25-64, 2007, p. 34.

<sup>15</sup> Art. 35 – B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras

É curioso notar que a Lei 8.884/94 estabelecia um instrumento de Termo de Compromisso de Cessão de Prática (TCC), pelo qual era possível celebrar um acordo entre a autoridade pública e o agente investigado/processado pela prática de qualquer infração da ordem econômica, inclusive a prática de cartel.<sup>16</sup>

Por meio de um TCC, basicamente, o agente se comprometia a cessar a prática anticompetitiva e a fornecer relatórios sobre a sua atuação no mercado, em troca da extinção do processo. Logo, esse instrumento configurava-se como um meio de solução alternativa à condenação para qualquer tipo de infração à ordem econômica. É importante registrar, que não era requisito obrigatório para a celebração de um TCC o reconhecimento da culpa por parte do agente.

No entanto, a Medida Provisória nº 2.055, posteriormente convertida na Lei 10.149/2000, que instituiu o Acordo de Leniência no Brasil entendeu por bem

---

de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I – a identificação dos demais co-autores da infração; e

II – a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação;

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica às empresas ou pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta tida como infracionária;

§ 2º O acordo de que trata o *caput* deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I – a empresa ou pessoa física seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II – a empresa ou pessoa física cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

III – A SDE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo; e

IV – a empresa ou pessoa física confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada a todos os atos processuais, até seu encerramento.

<sup>16</sup> Art. 53. Em qualquer fase do processo administrativo, poderá ser celebrado pelo CADE ou pela SDE *ad referendum* do CADE, compromisso de cessação da prática sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento da ilicitude da conduta analisada.

§ 1º O termo de compromisso conterá, necessariamente, as seguintes cláusulas:

a) obrigações do representado, no sentido de fazer cessar a prática investigada no prazo estipulado;

b) valor da multa diária a ser imposta no caso de descumprimento, nos termos do art. 25;

c) obrigação de apresentar relatórios periódicos sobre a sua atuação no mercado, mantendo as autoridades informadas sobre eventuais mudanças em sua estrutura societária, controle, atividades e localização;

vedar a possibilidade de celebração de TCC em matéria de cartel.<sup>17</sup> Isto porque entendia-se que a manutenção deste poderia prejudicar o sucesso daquele, haja vista as exigências e benefícios previstos em cada um dos institutos jurídicos.

Dessa forma, o Acordo de Leniência passou a vigorar como única alternativa de solução menos lesiva ao agente envolvido na prática de cartéis. Sendo assim, o agente ou reconhecia a sua culpa e colaborava com a autoridade pública nas investigações em troca da leniência, ou ficaria sujeito ao deslinde de uma investigação/processo correndo o risco de sofrer uma condenação e arcar com o ônus decorrente desta.

Essa situação perdurou até a edição da Medida Provisória 340 de 29 de dezembro de 2006<sup>18</sup>, posteriormente convertida na Lei 11.482, de 31 de maio de 2007, que mais uma vez alterou a Lei 8.884/94, reinserindo a possibilidade de celebração de TCC em matéria de conduta de cartel, na medida em que não fez nenhuma menção expressa à exclusão desta prática anticompetitiva do leque de infrações à ordem econômica sob investigação que podem ser objeto deste acordo.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Art. 1º. Os arts. 2º, 26, 30, 35, 53 e 54 da Lei 8.884/94, passam a vigorar com a seguinte redação:

(...)

Art. 53 .....

§5º O disposto neste artigo não se aplica às infrações à ordem econômica relacionadas ou decorrentes das condutas previstas nos incisos I, II, III e VIII do art. 21 desta Lei.

<sup>18</sup> Deve-se registrar que a versão original da Medida Provisória 340/2006 proposta pelo Poder Executivo não previa essa alteração da Lei 8.884/94, sendo posteriormente incluído dispositivo nesse sentido através de emenda da Comissão Mista do Congresso Nacional. Conferir Mensagem n.º 146, de 2006 – CN. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/452897.pdf>

<sup>19</sup> Art. 16. O art. 53 da Lei 8884, de 11 de junho de 1994, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Artigo 53. Em qualquer das espécies de processo administrativo, o Cade poderá tomar do representado termo de compromisso de cessão da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

§1º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos:

I – A especificação das obrigações do representado para fazer cessar a prática investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis;

II – a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas;

Ato contínuo, em 04 de setembro de 2007 o CADE editou a Resolução N.º 46 que alterou o seu Regimento Interno, e regulamentou o art. 53 da Lei 8.884/94, com a redação dada pelo art. 16 da Lei 11.482/2007.<sup>20</sup>

Este novo cenário regulatório do TCC trouxe basicamente apenas três novidades em relação à regulação na sua versão original prevista na Lei 8884/94, e que foi revogada pela Lei 10.149/2000, quais sejam: i) a obrigatoriedade de recolhimento de valor pecuniário ao Fundo de Direitos Difusos e Coletivos em se tratando de condutas que configuram cartel ii) a possibilidade de adoção de um programa de prevenção de infrações à ordem econômica pelo agente processado; e iii) a necessidade de reconhecimento de culpa pelo compromissário em relação à conduta investigada nos casos em que já houver sido firmado Acordo de Leniência pela SDE.<sup>21</sup>

Portanto, atualmente em matéria de política de combate a cartéis no Brasil tem-se o seguinte quadro:

**TCC x Acordo de Leniência - Tabela Comparativa dos Institutos:**

	<b>TCC</b>	<b>Acordo de Leniência</b>
<b>Contribuição Pecuniária</b>	Contribuição com previsão mínima para empresa de 1% do faturamento bruto do seu último exercício, e para seu administrador de 10% do valor da contribuição da empresa, e de 6.000 a 6.000.000 Ufirs para outras pessoas físicas e jurídicas, se o TCC for firmado em caso de cartel.	Não

III – a fixação da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível.

§2º Tratando-se da investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I, II, III ou VIII do caput do art. 21 desta Lei, entre as obrigações a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 23 desta Lei.

<sup>20</sup> Essa Resolução foi editada em cumprimento ao disposto no §9º do art. 53 da Lei 8.884/94, incluído pela Lei 11.482/2007: “O Cade definirá, em resolução, normas complementares sobre seu cabimento, tempo e modo de celebração do termo da compromisso de cessação.”

<sup>21</sup> A medida (i) foi implementada através da Lei 11.482/2007, e as medidas (ii) e (iii) foram implementadas por meio da Resolução N.º 46 do CADE.

<b>Confissão de culpa</b>	Não é obrigatória se não houver sido celebrado acordo de leniência no caso	Sempre obrigatória
<b>Cooperação com a investigação</b>	Não obrigatório	Obrigatório até o final do processo
<b>Imunidade Criminal</b>	Não	Sim, em relação às sanções previstas na Lei 8.137/90.
<b>Conhecimento da prática pela autoridade</b>	Conhecimento prévio pela autoridade	Não para a leniência total. Sim para a leniência parcial (havendo redução da multa de 1 a 2/3)
<b>Prazo para negociação</b>	30 dias, prorrogável por mais 30 dias	30 dias, prorrogável até 180 dias
<b>Autoridade / Órgão Segurança Jurídica</b>	CADE	SDE
<b>Aceitação do acordo</b>	Discricionariedade do CADE para algumas obrigações impostas.	Requisitos previstos em lei
<b>Liderança</b>	Juízo de conveniência e oportunidade.	Aceitação obrigatória se preenchidos os requisitos previstos em lei.
	Aceita líderes do cartel.	Leniente não pode estar à frente da conduta.

É importante registrar que a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) editou em fevereiro de 2008 sua política institucional relacionada ao TCC em matéria de cartel. Segundo a SDE:

a celebração de um TCC apenas atenderá o *interesse público* se os termos do acordo forem aptos a (i) preservar o Programa de Leniência, que é o principal instrumento da política de combate a cartéis no Brasil; (ii) dissuadir futuras práticas lesivas à concorrência; e (iii) não criar obstáculos à persecução administrativa e criminal de cartéis, bem como a ações privadas de indenização por danos causados por tal prática anticoncorrencial.<sup>22</sup>

E para se atingir esse objetivo a SDE entende que quando da celebração de um TCC se faz necessário levar em consideração os seguintes critérios<sup>23</sup>:

<sup>22</sup> Política da SDE – Termo de Compromisso de Cessação de Prática em Cartel, 2008, p. 02. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ9F537202ITEMID597B15F35E7043448D2E1D00D14E5804PTBRNN.htm>

<sup>23</sup> Op. cit, p. 09. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ9F537202ITEMID597B15F35E7043448D2E1D00D14E5804PTBRNN.htm>



**(i) as propostas de TCC de pessoas jurídicas e pessoas físicas em casos de investigações de cartéis com Acordo de Leniência devem conter, ao menos:** (a) confissão de participação na prática ao menos nos mesmos termos daqueles do beneficiário do Acordo de Leniência; (b) reconhecimento da legalidade da diligência de busca e apreensão (se aplicável); (c) obrigação de cooperação ativa na investigação (e não meramente técnica); (d) contribuição pecuniária em valor que garanta efeito dissuasório; e (e) não criação de obstáculos à persecução criminal e ações privadas de indenização.

**(ii) as propostas de TCC de pessoas jurídicas em casos de investigações de cartéis clássicos com prova direta e sem Acordo de Leniência devem conter, ao menos:** (a) reconhecimento de participação na prática; (b) reconhecimento da legalidade da diligência de busca e apreensão (se aplicável); (c) obrigação de cooperação ativa na investigação (e não meramente técnica); (d) contribuição pecuniária em valor que garanta efeito dissuasório; e (e) não criação de obstáculos à persecução criminal e ações privadas de indenização.

**(iii) as propostas de TCC de pessoas físicas em casos de investigações de cartéis clássicos com prova direta e sem Acordo de Leniência devem conter, ao menos:** (a) reconhecimento da legalidade da diligência de busca e apreensão (se aplicável); (b) obrigação de cooperação na investigação; (c) contribuição pecuniária em valor que garanta efeito dissuasório; e (d) não criação de obstáculos à persecução criminal e ações privadas de indenização.

**(iv) as propostas de TCC de pessoas jurídicas e pessoas físicas em casos de investigações de cartéis difusos e sem Acordo de Leniência devem conter, ao menos:** (a) reconhecimento da legalidade da diligência de busca e apreensão (se aplicável); (b) contribuição pecuniária em valor que garanta efeito dissuasório; e (c) não criação de obstáculos à persecução criminal e ações privadas de indenização.

Ao confrontar os termos da Resolução N.º 46 do CADE com os termos da Política da SDE, resta claro que esses dois órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) possuem opiniões em matéria de política de combate a cartéis que não, necessariamente, se integram.

Esse fato fica mais evidenciado em algumas propostas de celebração de TCC aprovadas pelo CADE que não levam em consideração algumas recomendações constantes dos pareceres emitidos pela SDE.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Conferir Requerimento n.º 08700.001369/2009-9 referente ao Processo Administrativo n.º 08012.000820/2009-11 e respectivo TCC, e Requerimento n.º 08700.005281/2007-53 referente

## 1.2 Objetivos do Trabalho

Diante do cenário apresentado na fase introdutória do presente trabalho, a pesquisa a ser desenvolvida pretende analisar dois dos instrumentos jurídicos que compõem a atual política brasileira de combate a cartel (Acordo de Leniência e TCC), com o objetivo de verificar se os mesmos estão funcionando de forma integrada e eficiente em prol da dissuasão da prática de cartel na economia brasileira, e preservação da concorrência.

Na persecução deste objetivo a pesquisa pretende responder as seguintes questões/problema básicas:

- 1) A regulação atual do TCC implica em potenciais prejuízos ao programa de Acordo de Leniência? Se positivo, quais?
- 2) A despeito da regulação atual do TCC, a forma como o CADE vem aplicando este instituto jurídico tem desprestigiado o programa de Acordo de Leniência?
- 3) Há algum indício e/ou prova de que os agentes econômicos têm, estrategicamente, se utilizado mais dos TCCs em detrimento do Acordo de Leniência? Se positivo, esse fato é prejudicial à política brasileira de combate a cartéis?
- 4) Há medidas que podem ser adotadas para aperfeiçoar os instrumentos que compõem a política de combate a cartéis brasileira (Acordo de Leniência e TCC)?

## 1.3 Metodologia

O Acordo de Leniência e o Termo de Compromisso de Cessação de Prática são instrumentos jurídicos que servem ao combate do cartel, que é um fenômeno econômico de concentração empresarial.

---

ao Processo Administrativo n.º 08012.004674/2006-50 e respectivo TCC, disponíveis em: <http://www.cade.gov.br>. Além de conferir a Tabela 3 apresentada nas pgs. 61-62 deste trabalho.

Por conta disso, no desenvolvimento do presente estudo procurou-se adotar uma abordagem interdisciplinar fundada numa revisão bibliográfica que abarca fundamentos do direito da concorrência e da microeconomia aplicada aos cartéis.

Nesse sentido foram acessadas obras nacionais e estrangeiras, tanto sob forma de livros como sob a forma de artigos de periódicos, que analisam, sob a ótica jurídica e econômica, o objeto de estudo da pesquisa.

Além disso, a pesquisa documental também foi utilizada como ferramenta metodológica. Foram consultados relatórios da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE e da *International Competition Network - ICN*, dos quais coletou-se dados acerca da formação e operação de cartéis nos seus países membros, do impacto lesivo à economia mundial decorrente dessa conduta anticompetitiva, e das experiências com a utilização de programas de leniência e de políticas de celebração de termos de compromisso de cessação de prática, bem como relatórios de gestão da SDE, dos quais extraiu-se informações sobre a realidade brasileira, sendo possível fundamentar a relevância do tema pesquisado em âmbito nacional e internacional.

Ademais, por meio da análise qualitativa dos dados fornecidos pelos processos administrativos referentes à prática de formação de cartel, que tramitaram ou que ainda se encontram em curso no CADE, em especial, os pareceres exarados pela SDE, os votos dos conselheiros e os respectivos Termos de Compromisso de Cessão de Prática firmados, foi possível descrever as divergências entre esses órgãos sobre as condições que devem prevalecer na celebração desse instrumento jurídico, o que permitiu realizar, ao final, uma avaliação sobre a interação entre o TCC e o Acordo de Leniência no âmbito da política de combate a cartel brasileira.

Por fim, foram realizadas entrevistas com três conselheiros do CADE, com a Secretária de Direito Econômico do Ministério da Justiça e com o seu chefe de

gabinete (Apêndices B, C, D, E, e F) mediante a aplicação de questionário similar (Apêndice A), que foi elaborado com o objetivo de perceber o ponto de vista de membros integrantes destes órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência acerca do problema de pesquisa apresentado.

É importante ressaltar que a escolha dos membros da SDE levou em consideração o fato de que a negociação da proposta de um Acordo de Leniência submetida pela parte interessada é realizada somente com a Secretária e o seu chefe de gabinete, tratando-se, inclusive, de procedimento confidencial vedado o acesso a outras pessoas desse órgão.

A escolha de um dos conselheiros do CADE levou em consideração o fato do mesmo estar à frente da coordenação da comissão de negociação de TCC, e a escolha dos outros dois conselheiros foi aleatória.

As perguntas constantes do questionário dirigido aos participantes das entrevistas foram elaboradas e aplicadas pelo próprio pesquisador. Para facilitar a execução destas entrevistas utilizou-se como recurso um gravador, também com o propósito de que não fossem perdidos detalhes importantes do depoimento dos participantes.

Com a aplicação de todo esse arcabouço metodológico foi possível reunir e analisar informações suficientes que subsidiaram as respostas das questões/problemas formuladas.

#### **1.4 Relevância do Tema**

Por que combater os cartéis? Este é o primeiro questionamento que surge quando se pensa em estudar política pública voltada à dissuasão desta prática anticompetitiva na sociedade.

O cartel prejudica o desenvolvimento da economia baseada na livre concorrência tendo em vista que ao invés de os agentes econômicos concorrerem entre si na busca da preferência do consumidor, eles realizam

acordos que visam o aumento dos preços e lucros para níveis próximos dos monopólios.

Dessa forma, com a estratégia de prática de preços supracompetitivos as empresas componentes de um cartel maximizam os seus lucros à custa da perda da renda do consumidor, já que a este só resta deixar de consumir o produto ou serviço cartelizado, ou pagar o preço imposto pelo cartel.

Sob a ótica econômica, essa situação se traduz na prática de preços monopolistas, que são preços acima do custo marginal, o que gera a transferência de riqueza do consumidor para os empresários do cartel, representando ineficiência econômica e perda de bem-estar social.

Além disso, na medida em que uma economia cartelizada tende a eliminar a concorrência, também tende a eliminar os incentivos dos agentes econômicos em investir em inovação dos seus produtos ou serviços, o que gera uma homogeneização em relação à qualidade dos mesmos e restringe a chance de escolha dos consumidores.<sup>25</sup>

Apenas pelo exposto até aqui é possível constatar que o cartel é uma conduta que gera efeitos perniciosos à sociedade, e, portanto, deve ser combatida. No entanto, a grande dificuldade está em estimar esses efeitos, inclusive para fins de possibilitar a formulação de ações mais efetivas contra este tipo de conduta.

Desde 1998 a Comissão de Concorrência da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)<sup>26</sup> vem realizando estudos com o objetivo

---

<sup>25</sup> Nesse sentido se manifesta a OCDE em *Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels Under the National Competition Laws - 2002*, disponível em [www.oecd.org](http://www.oecd.org), p. 2: "Cartels harm consumer and have pernicious effects on economic efficiency. A successful cartel raises price above the competitive level and reduces output. Consumers choose either not to pay the higher price for some or all of the cartelised product that they desire, thus forgoing the product, or they pay the cartel price and thereby unknowingly transfer wealth to the cartel operators. Further, a cartel shelters its members from full exposure to market forces reducing pressures on them to control costs and innovate. All of these effects adversely affect efficiency in a market economy."

<sup>26</sup> A OCDE é uma organização multilateral sediada em Paris na França, criada em 14 de dezembro de 1960 a partir da assinatura da sua convenção que só veio a entrar em vigor em 30

de conhecer melhor os meandros de um cartel e formular políticas voltadas ao combate desta conduta anticoncorrencial.<sup>27</sup> Um dos aspectos que tem sido objeto desses estudos é justamente a investigação acerca da extensão dos danos provocados por um cartel na sociedade.<sup>28</sup>

Nesse sentido, segundo a OCDE, os cartéis podem gerar um sobrepreço estimado de até mais de 50% comparado ao preço em um mercado competitivo, sendo considerado o ilícito mais grave à concorrência. Ademais, de acordo com uma pesquisa realizada por este organismo multilateral verificou-se que o volume de comércio afetado pelos dezesseis maiores casos de cartel analisados superou a quantia de US\$ 55 bilhões de dólares em todo o mundo.<sup>29</sup>

---

de setembro de 1961, e tem como objetivo promover políticas designadas: “(a) to achieve the highest sustainable economic growth and employment and a rising standard of living in Member countries, while maintaining financial stability, and thus to contribute to development to the world economy; (b) to contribute to sound economic expansion in Member as well as non-member countries in the process of economic development; and (c) to contribute to the expansion of world trade on a multilateral, non-discriminatory basis in accordance with international obligations.” Artigo 1 da Convenção da OCDE, disponível em [www.oecd.org](http://www.oecd.org).

<sup>27</sup> Nesse sentido conferir as recomendações aprovadas pela Assembléia dos países membros da OCDE na 921ª Sessão realizada em 25 de março de 1998, entre as quais: “INSTRUCTS the Competition Law and Policy Committee: 1. To maintain a record of such exclusions and authorisations as are notified to the Organisation pursuant to Paragraph I. A 2b; 2. To serve, at the request of the Member countries involved, as a forum for consultations on the application of the Recommendation; and 3. To review Member countries’ experience in implementing this Recommendation and report to the Council within two years on any further action needed to improve co-operation in the enforcement of competition law prohibitions of hard core cartels.” *1998 OECD Recommendation of the Council concerning effective action against Hard Core Cartels*, disponível em [www.oecd.org](http://www.oecd.org). A partir de então a OCDE passou a elaborar relatórios a cada dois anos, sob o título de “Report – Hard Core Cartels”, cujo objetivo é avaliar a implementação das recomendações sugeridas pela OCDE para o desenvolvimento das políticas de combate a cartel nos países membros, e as experiências vividas por estes na realização desse esforço.

<sup>28</sup> Conferir o estudo elaborado pela OCDE no ano de 2002 “Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels Under the National Competition Laws”, disponível em [www.oecd.org](http://www.oecd.org).

<sup>29</sup> Conferir *OECD Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels Under the National Competition Laws - 2002*, disponível em [www.oecd.org](http://www.oecd.org), p. 2: “The OECD’s Competition Committee conducted a survey of cartels cases of conducted by its Members between 1996 and 2000, in an attempt to learn more about the harm from cartels. The responding countries described a total of 119 cases, but in many of these it was not possible to estimate harm. Still, the amount of commerce affected by just 16 large cartel cases reported in the OECD survey exceeded USD 55 billions world-wide. The survey showed that the cartel mark-up can vary significantly across cases, but in some it can be very large, as much as 50% or more. Thus, it is clear that the magnitude of harm from cartels is many billions of dollars annually.”

No Brasil, desde a modernização do sistema de defesa da concorrência implementada com a Lei 8.884/94, o principal foco de atuação foi direcionado para a análise dos atos de concentração. Sendo assim, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) estavam imbuídos em combater o elevado nível de concentração econômica existente no Brasil.<sup>30</sup>

No entanto, a partir do ano de 2000 esse quadro começou a mudar. Primeiro por conta da edição da Lei 10.149/2000 que instituiu o Acordo de Leniência como um instrumento eficaz para dar suporte às investigações de cartéis. Segundo por uma alteração de estratégia de atuação, que eliminou a sobreposição de funções entre a SDE e a SEAE, ficando, a partir do ano de 2003, aquela focada na investigação dos acordos anticompetitivos e condutas unilaterais e esta na análise dos atos de concentração.<sup>31</sup>

Além disso, outras iniciativas foram adotadas no Brasil em matéria de prevenção e repressão a cartéis, visando à consolidação de um programa de combate a esta conduta. Neste contexto, por iniciativa do Ministério da Justiça foi criado em 2008, através de Decreto Presidencial, o Dia Nacional do Combate a Cartéis, comemorado no dia 08 de outubro de cada ano. Desde então, esta data passou a fazer parte do calendário dos brasileiros com a realização de eventos

---

<sup>30</sup> Nesse sentido conferir GICO JUNIOR, Ivo Teixeira, op. cit., p.41: “No início da vigência da Lei n.º 8.884/94, o principal foco das autoridades concorrenciais foi o controle das estruturas de mercado, pois era lugar-comum afirmar que a estrutura industrial brasileira se encontrava excessivamente concentrada.”

<sup>31</sup> Conferir nesse sentido OCDE e IDB – *Política de Concorrência no Brasil – Uma Revisão pelos Pares – 2010*. Disponível em [www.oecd.org](http://www.oecd.org), p. 7: “A era moderna da política de concorrência no Brasil iniciou com a publicação da Lei de Defesa da Concorrência de 1994, que criou os três órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC. Avanços realizados desde 2003 eliminaram a sobreposição de funções, de modo que a SDE se concentrou nos acordos anticompetitivos e condutas unilaterais e a SEAE na análise dos atos de concentração. (...) As investigações de cartéis foram aperfeiçoadas, por meio da introdução de poderes para a condução de buscas e apreensões e da criação de um programa de leniência.” Com relação à reorganização estratégica dos papéis da SDE e SEAE na análise dos atos de concentração e investigação dos acordos anticompetitivos e condutas unilaterais, esta foi implementada por meio da Portaria MJ n.º 04, de 05 de janeiro de 2006.

educativos e campanhas de conscientização sobre a lesividade da prática de cartel e as formas de combate.

Com o mesmo objetivo, o Departamento de Proteção de Defesa Econômica (DPDE) da SDE lançou cartilhas voltadas à conscientização dos consumidores, empresários, e entes públicos, sobre os danos provocados pelos cartéis. Em 2008 foram lançados os dois primeiros volumes “Combate a Cartéis e Programa de Leniência” e “Combate a Cartéis em Licitações – Guia Prático para Pregoeiros”, e em 2009 foram lançados mais dois volumes “Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações” e “Combate a Cartéis na Revenda de Combustíveis”. Já para o público infantil, foi lançada a revista em quadrinhos “Turma da Mônica em O Cartel da Limonada”, cuja distribuição é realizada nas escolas por meio de uma parceria firmada com o Ministério da Educação.

Com vistas à promoção de uma atuação coordenada e integrada entre todos os entes públicos envolvidos na prevenção e combate aos cartéis, em outubro de 2009, por iniciativa do DPDE/SDE e da Associação Nacional do Ministério Público Criminal (MPCrim) foi lançada a Estratégia Nacional de Combate a Cartéis (ENAC). A ENAC é formada por autoridades administrativas e criminais responsáveis pelo combate a cartéis, que tratam a política de combate a esta conduta anticompetitiva como uma política de Estado.

Todas essas iniciativas demonstram que o combate ao cartel passou a ser prioridade não só do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), como também de outros órgãos públicos envolvidos na política de prevenção e combate a esta prática lesiva à sociedade.

Dessa forma, a realização de um estudo sobre o Acordo de Leniência e o Termo de Compromisso de Cessão de Prática (TCC), que são dois dos principais instrumentos jurídicos previstos no ordenamento brasileiro à disposição dos órgãos de defesa da concorrência para promover a dissuasão dessa prática na



sociedade, se mostra relevante para o aperfeiçoamento contínuo da política de defesa da concorrência.

## CAPÍTULO II

### 2.1 Acordo de Leniência - Objetivos e Histórico

O acordo de leniência é um dos instrumentos utilizados pelas autoridades antitrustes para propiciar a aplicação eficaz da legislação de defesa da concorrência em relação à repressão às condutas anticompetitivas. Por meio dele, busca-se colher informações e documentos de uma fonte diretamente envolvida na conduta ilícita investigada, que levem à detecção da mesma e possibilite a sua punição, em troca da concessão da anistia das penalidades ou sua redução.

Levando-se em consideração o caráter sigiloso e fraudulento dos cartéis, que dificulta a sua detecção, assim como a incapacidade de provar a sua prática através apenas do monitoramento do mercado, e análise econômica dos dados públicos disponíveis que demonstre a existência de um paralelismo de preços entre os concorrentes, essa ferramenta de investigação tem se demonstrado muito útil no combate a essa conduta, já que nem sempre as investigações instauradas pelas autoridades antitrustes, por si só, resultam em provas suficientes para levar à condenação das empresas e pessoas físicas envolvidas na prática colusiva.

No entanto, de forma até paradoxal, para que os membros do cartel sejam “incentivados” a se utilizar desse instrumento como estratégia para escapar de uma condenação, é necessário que a autoridade antitruste detenha a capacidade de detectar e condenar o cartel. Pois, caso os agentes econômicos não se sintam ameaçados por, pelo menos, uma expectativa de serem descobertos, e assim condenados pela violação antitruste, eles não serão levados a aderir ao programa de leniência.

Se presente a possibilidade de detecção do cartel pela autoridade antitruste, o acordo de leniência poderá ser<sup>32</sup>:

(...) um instrumento capaz de contornar o problema de obtenção de provas de acordos anticompetitivos, de aumentar a probabilidade de condenação e também de deter a formação dos cartéis, ao afetar sua estabilidade.

O primeiro país a dotar uma política de leniência foi os EUA em 1978. Conforme relatado brevemente na secção introdutória deste trabalho<sup>33</sup>, essa primeira experiência norte-americana não foi muito exitosa haja vista que a concessão da leniência, materializada na imunidade criminal<sup>34</sup>, não era automática e ficava adstrita à discricionariedade da autoridade governamental, ainda que o candidato a leniência preenchesse todos os requisitos para se valer desse benefício.

Dessa forma, só com as alterações implementadas em 1993 que deram origem a um novo programa de leniência norte-americano denominado de *Amnesty Program*, as quais compreendem: i) concessão imediata da leniência caso não haja conhecimento de investigação prévia; ii) a possibilidade de concessão de leniência mesmo após o início do processo investigatório; e iii) quando da assinatura do acordo, todos os executivos, diretores e funcionários que participam da cooperação ficam protegidos de futuros processos criminais, esse instituto jurídico passou a ser utilizado de forma mais consolidada no combate a cartéis. Segundo GABAN<sup>35</sup>:

Em termos estatísticos, o número de denúncias contra cartéis por parte de seus próprios participantes multiplicou-se para mais de 20 por ano naquele país e até então o início da presente década (2000) as multas aplicadas ultrapassaram cerca de US\$ 1 bilhão.

---

<sup>32</sup> Conferir VASCONCELOS, Silvinha Pinto; RAMOS, Francisco de Sousa. Análise da Efetividade do Programa de Leniência Brasileiro no Combate aos Cartéis. Juiz de Fora: 2007, disponível em: [http://www.ufjf.br/poseconomia/files/2010/01/td\\_008\\_2007.pdf](http://www.ufjf.br/poseconomia/files/2010/01/td_008_2007.pdf), p. 03.

<sup>33</sup> Conferir a secção 1. Introdução, p. 08 e seguintes.

<sup>34</sup> De acordo com a Política de Leniência Corporativa do Departamento de Justiça Norte-Americano: "Leniency" means not charging such a firm criminally for the activity being reported." Disponível em <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>

<sup>35</sup> Conferir GABAN, Eduardo Molan, op. cit., p38.

No âmbito desse novo programa de leniência, uma empresa que tenha interesse em colaborar com as investigações prestando informações e entregando provas sobre a atividade ilegal em troca da imunidade criminal, poderá fazê-la em dois momentos, desde que preenchidos determinados requisitos.

Assim a proposta de leniência poderá ser submetida antes de a investigação ter sido iniciada, se presente os seguintes requisitos<sup>36</sup>:

1. O Departamento de Justiça já não tenha recebido informações sobre a atividade ilícita de outra fonte;
2. A empresa cesse prontamente e efetivamente a sua participação na atividade ilegal;
3. A empresa coopere plena e permanentemente com as investigações;
4. A confissão do ilícito se configure como um ato da empresa e não como um ato isolado e individual de um dos seus executivos;
5. Sempre que possível, a empresa restitua as partes afetadas pela atividade ilícita;
6. A empresa não tenha coagido outra parte a participar da atividade ilícita, e não seja a líder da atividade.

Ou então, a proposta de leniência poderá ser submetida após o início das investigações, se presente os seguintes requisitos<sup>37</sup>:

1. A empresa seja a primeira a se qualificar com relação à atividade ilegal;
2. O Departamento de Justiça não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa;
3. A empresa cesse prontamente e efetivamente a sua participação na atividade ilegal;
4. A empresa coopere plena e permanentemente com as investigações;

---

<sup>36</sup> Conferir US Department of Justice, Corporate Leniency Policy (Augst, 10, 1993), disponível em <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>

<sup>37</sup> Conferir US Department of Justice, Corporate Leniency Policy (Augst, 10, 1993), disponível em <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>

5. A confissão do ilícito se configure como um ato da empresa e não como um ato isolado e individual de um dos seus executivos;
6. Sempre que possível, a empresa restitua as partes afetadas pela atividade ilícita;
7. A empresa não tenha coagido outra parte a participar da atividade ilícita, e não seja a líder da atividade.

É importante registrar que se uma empresa celebra um acordo de leniência, os seus diretores e empregados que admitam o envolvimento na atividade ilegal como parte de uma confissão corporativa, poderão receber a imunidade criminal também.

Ainda assim, em 1994 o Departamento de Justiça Norte-Americano colocou em funcionamento um programa de leniência para pessoas físicas que se apresentassem individualmente, desvinculadas da delação de qualquer empresa, sendo necessário para tanto o preenchimento dos seguintes requisitos<sup>38</sup>:

1. O Departamento de Justiça já não tenha recebido informações sobre a atividade ilícita de outra fonte;
2. O indivíduo coopere plena e permanentemente com as investigações;
3. O indivíduo não tenha coagido outra parte a participar da atividade ilícita, e não seja a líder da atividade.

E, por último, no ano de 2004 uma importante mudança foi introduzida pelo *The Antitrust Penalty Enhancement and Reform Act of 2004*, a qual garantiu aos participantes do programa de leniência mais um benefício, qual seja, uma responsabilização menos severa (*single damage*) pelos danos causados a terceiros, não sendo, assim, solidariamente responsáveis com os demais

---

<sup>38</sup> Conferir US Department of Justice, Leniency Policy For Individuals (Augst, 10, 1994), disponível em <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0092.htm>

membros do cartel que estarão sujeitos à responsabilização mais severa (*treble damages*).<sup>39</sup>

Portanto, segundo a política de leniência dos EUA, com a exceção da empresa líder do cartel e/ou qualquer dos seus membros que tenha coagido outro membro a participar da organização colusiva, quaisquer outras empresas participantes e seus funcionários e executivos podem submeter uma proposta de acordo de leniência, baseado na confissão do ilícito, e no compromisso de cooperação com o Departamento de Justiça Norte-Americano (DOJ), que poderá consistir em fornecer informações e/ou provas acerca da prática de cartel, tendo como contra partida o benefício da imunidade criminal.

Já a União Européia só implantou o seu primeiro programa de leniência em 1996.<sup>40</sup> Denominado de *Leniency Notice*, esse programa, apesar de inspirado no modelo norte-americano, possui uma diferença em relação à concepção de imunidade, já que esta se traduz na garantia de imunidade civil total ou parcial, ou seja, na garantia da não aplicação ou redução da multa que, de alguma forma, possa ser imposta a uma empresa pelo seu envolvimento na prática de cartel.

Segundo essa primeira versão do programa, como requisito para gozar do benefício da imunidade consubstanciada na redução de no mínimo 75% do valor da multa, a empresa teria que ser a primeira a fornecer informações e provas sobre a conduta anticompetitiva, se comprometer a cooperar com a Comissão Européia, de forma tal que este órgão passasse a ter condições de promover uma inspeção nas empresas que compõem o cartel, cessar a sua participação

---

<sup>39</sup> Conferir WILLS, Wouter P.J. Op. cit., p. 27: "As a result of a relatively recent statutory modification, companies that have been accepted by the US Department of Justice in its immunity programme and that are found by the court in follow-on suits for damages to have provided satisfactory cooperation with the private claimants are only liable for single instead of treble damages, and the normal rule of joint and several liability for co-conspirators does not apply to the immunity applicant."

<sup>40</sup> Conferir *Comunicación de La Comisión relativa a no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas (96/C 207/04)*, disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996Y0718\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996Y0718(01):ES:HTML)

na atividade ilícita até, pelo menos, o momento da realização da denúncia, e não ter coagido nenhuma outra empresa a participar do cartel e nem ter sido o seu líder ou exercido papel preponderante.

No entanto, caso a inspeção já tivesse sido realizada pela autoridade antitruste, mas esta ainda não detivesse elementos suficientes para tomar uma decisão em relação à condenação do cartel investigado, a empresa poderia pleitear a redução de 50% a 75% do valor da multa, desde que preenchidos os requisitos acima elencados, sendo que a cooperação da empresa partícipe do cartel não precisaria mais ensejar uma inspeção por parte da autoridade antitruste em relação aos outros membros da organização colusiva.

Por fim, ainda seria possível que uma empresa se beneficiasse da redução de 10% a 50% do valor da multa, desde que ela fornecesse informações, documentos ou outros elementos de prova que contribuíssem para a afirmação da existência do cartel, antes que a autoridade antitruste lhe tivesse enviado a comunicação de infração, ou se após o recebimento desta, a empresa confirmasse a veracidade dos fatos sobre os quais a autoridade antitruste fundamentasse a sua acusação.

Esse programa sofreu as primeiras alterações em 2002 com o objetivo de aumentar o grau de transparência e precisão em relação à política de redução das multas.<sup>41</sup> Nesse sentido, visando dotar essa política de maior eficácia, procurou-se estabelecer critérios mais claros para avaliar a real contribuição da

---

<sup>41</sup> Conferir *Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas e la reducción de su importe em casos del cartel (2002/C 45 / 03)*, disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2002:045:0003:0005:ES:PDF> Conforme explicitado em seu item 5: “La Comisión anunció em la Comunicación de 1996, que examinaría se era necesario introducir modificaciones em la misma cuando hubiera adquirido suficiente experiencia em su aplicación. Tras cinco años de puesta em práctica, la Comisión tiene la experiencia necesaria para modificar su política em la materia. Si bien se ha confirmado la validez de los principios em que se basal a Comunicación, la experiencia ha puesto de manifiesto que aumentar el grado de transparencia y precisión em cuanto a las condiciones para la concesión de reducciones de lãs multas redundaría em una más eficaz aplicación de la Comunicación. Eficacia que también mejoraría com una correspondência mas estrecha entre el nivel de reducción del importe de las multas y el valor de la contribución de la empresa em el establecimiento de la práctica ilegal. La presente Comunicación trata de estas cuestiones.”

empresa sobre a detecção do cartel pela autoridade antitruste, a partir de uma avaliação acerca do período em que se deu a cooperação, e do valor agregado que as informações prestadas e documentos fornecidos pela candidata a leniência parcial geraram levando-se em consideração os elementos que a autoridade antitruste já possuía.<sup>42</sup>

Com base nessa avaliação a primeira empresa que se candidatasse à leniência parcial poderia se beneficiar com uma redução de 30% a 50% do valor da multa, a segunda empresa com uma redução de 20% a 30%, e as seguintes com uma redução de até 20%.

Além disso, o resultado da análise sobre a concessão da leniência total ou parcial, que antes só era dado juntamente com a decisão final do processo de investigação do cartel, passou a ser dado, provisoriamente, após a submissão do acordo de leniência pelas empresas, e definitivamente, ao final do processo, se todas as condições previstas tiverem sido cumpridas.

Posteriormente, em 2006 a União Europeia promoveu mais algumas alterações visando esclarecer e detalhar de forma objetiva em que consiste o dever de cooperação das empresas lenientes, estabelecendo as informações e elementos de prova que devem ser fornecidos e a conduta de cooperação que deve ser assumida perante a autoridade antitruste, para que assim se preencha os requisitos para a concessão da leniência.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Conferir op. cit., item 22: “El concepto de valor añadido alude a la medida em que los elementos de prueba aportados aumentan la capacidad de la Comisión de probar los hechos de que se trata, ya sea por su propia naturaleza, ya por su nivel de detalle o por ambos conceptos. Em esta evaluación, La Comisión concederá generalmente más valor a las pruebas escritas que Deten Del período em que se produjeron los hechos que a las posteriormente establecidas. Del mismo modo, los elementos de prueba directamente relacionadas com los hechos em cuestión se considerarán, em general, de mayor valor que las que solo guarden relación indirecta con los mismos.” E item 23: “(...) Para fijar el porcentaje de reducción dentro de esos margens, La Comisión tendrá em cuenta La fecha em que fueron comunicados los elementos de prueba que hayan satisfecho La condición establecida en el punto 21, así como el grado de valor añadido que hayan comportado. Del mismo modo, La Comisión podrá tomar em consideración prestada por la empresa a partir de la fecha de su aportación original.”

<sup>43</sup> Conferir *Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas e la reducción de su importe em casos del cartel (2006/C 298 /11)*, disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:298:0017:0022:ES:PDF>



É importante registrar que de acordo com o programa de leniência europeu, ainda que seja concedida a dispensa do pagamento da multa ou uma redução do seu valor, a empresa leniente fica sujeita à responsabilização civil em relação a terceiros que se sintam lesados pelo cartel. Além disso, esse programa não contempla os funcionários e executivos das empresas, haja vista que a Comissão Europeia não detém o poder de impor penalidades a pessoas físicas.

A maioria dos países membros da União Europeia possui seus próprios programas de leniência desenvolvidos por meio das suas autoridades de defesa da concorrência.<sup>44</sup> Apesar de muitos deles serem inspirados no *Leniency Notice*, é possível constatar algumas diferenças adotadas por algumas nações. Como exemplo, pode-se citar o Reino Unido, cujo programa de leniência, adotado originalmente no ano de 2000, oferece como benefício não apenas a imunidade civil, mas também a criminal, e contempla, além das empresas, as pessoas físicas envolvidas na prática de cartel.

A adoção de programas de leniência em diversas jurisdições ao redor do mundo tem possibilitado o combate a cartéis internacionais. Como exemplo pode-se citar o caso do cartel internacional dos compressores herméticos, cujas investigações foram iniciadas a partir da assinatura de acordos de leniência com as autoridades antitrustes dos Estados Unidos, União Europeia e Brasil, que viabilizaram, inclusive, uma operação de busca e apreensão simultânea em diversos países.

## **2.2 Benefícios para a Autoridade Antitruste**

O exercício do zelo pela observância da política de concorrência envolve atividades de prevenção e repressão de condutas anticompetitivas por parte da autoridade antitruste. Para que as investigações dessas condutas possam resultar em detecção e punição dos seus responsáveis, é necessário obter

---

<sup>44</sup> Conferir a lista das autoridades de defesa da concorrência dos países membros da União Europeia que possuem programas de leniência em [http://ec.europa.eu/commcompetition/antitrust/legislation/authorities\\_with\\_leniency\\_programme.pdf](http://ec.europa.eu/commcompetition/antitrust/legislation/authorities_with_leniency_programme.pdf)

informações e provas capazes de subsidiar a instrução no âmbito de um processo administrativo no sentido de configurar a prática da violação antitruste. A obtenção dessas evidências pode se dá por diversos meios, seja a partir da monitoração dos mercados e aplicação de ferramentas de análise econômica em relação aos dados obtidos, seja através de informações obtidas de terceiros envolvidos, tais como consumidores, concorrentes, etc., ou ainda através de informações de empresas e indivíduos que tenham praticado a conduta investigada.

O primeiro instrumento não se revela tão eficiente para demonstrar a prática da conduta de cartel, pois, como já comentado, a constatação de um paralelismo de preços praticado pelos agentes econômicos em determinado mercado não é suficiente para se provar essa conduta. Dessa forma, a análise econômica de dados obtidos a partir do monitoramento do mercado demonstra-se insuficiente para municiar a autoridade antitruste de evidências que possam levar a condenação de uma organização colusiva.

A fonte de informações de terceiros envolvidos no mercado em que se investiga a conduta anticompetitiva pode ser um recurso válido, porém, não necessariamente, ela levará à autoridade antitruste documentos e evidências mais substanciais, haja vista não participarem do cartel, e, provavelmente, não terem acesso às reuniões, suas respectivas atas, e eventuais termos de compromissos firmados, etc, que possam comprovar a prática da infração. Além disso, muitas vezes essas pessoas ficam receosas em prestar informações sobre uma organização ilegal, haja vista a possibilidade de serem perseguidas e ameaçadas de retaliações.

Dessa forma, as empresas e indivíduos que estão envolvidos na prática da conduta anticoncorrencial são as fontes que podem fornecer à autoridade antitruste maiores informações e documentos capazes de levar à detecção e punição do ilícito, em especial, quando se trata da conduta de cartel, em que se

faz necessário a comprovação de acordos de fixação de preços, divisão de mercados, etc.

Dentre os meios utilizados para obter informações das fontes que estão envolvidos na prática da conduta encontra-se a escuta telefônica e a busca e apreensão. Com o monitoramento das conversas mantidas pelos representantes das empresas por meio telefônico é possível, muitas vezes, colher dados estratégicos sobre a forma de praticar a conduta, sobre as pessoas envolvidas, os meios utilizados para tentar driblar a fiscalização, as condições estipuladas para se firmar os acordos ilícitos, etc. Já com a Busca e apreensão, é possível obter documentos que comprovem cabalmente o ilícito, tais como atas de reunião, acordos firmados, e-mail trocados extraídos dos servidores das empresas, etc.

No entanto, a autoridade antitruste só pode se valer desses mecanismos mediante prévia autorização judicial, e, para tanto, é preciso apresentar ao juiz evidências suficientes que demonstrem indícios da prática da conduta investigada e do envolvimento dos requeridos a serem objeto de escutas telefônicas e de busca e apreensão. Tal missão nem sempre se revela possível por faltar, ainda em momento embrionário da investigação, elementos para o deferimento da utilização desses mecanismos pela autoridade judicial.

Nesse contexto, o acordo de leniência surge como um meio eficiente de obtenção tanto de informações como de documentos fornecidos diretamente pelos agentes envolvidos na prática da conduta. Primeiro porque não se faz necessária a autorização judicial, já que os agentes envolvidos na prática da conduta ilícita são estimulados a cooperar com as investigações por meio do fornecimento de informações e documentos fidedignos, haja vista a concessão do benefício da imunidade, seja criminal e/ou administrativa, como contra partida, e a estipulação da perda desse benefício caso as informações fornecidas sejam falsas.

Segundo porque além de possibilitar o acesso a documentos em meios físico e eletrônico que comprovem a prática da infração e assim viabilizar a consecução perante o judiciário de mandados de busca e apreensão e autorizações para a realização de escutas telefônicas, é possível obter informações dos lenientes acerca da estrutura do cartel, quem era o seu líder, quais documentos podem comprovar a sua existência, onde encontrá-los, e assim planejar essas escutas telefônicas e ações de busca e apreensão de forma mais eficiente, evitando-se operações mais custosas nas quais se interceptam telefones de diversas pessoas e apreendem documentos de tudo quanto é natureza em diversos locais, e geram um grande trabalho posterior de seleção daqueles que poderão servir de prova da conduta ilícita.

Portanto, o acordo de leniência é um instrumento capaz de colher provas da materialidade da conduta anticompetitiva de forma menos custosa, permitindo a autoridade antitruste instruir melhor os processos administrativos com vistas a se chegar à cessação da prática e condenação dos demais envolvidos.

Como evidência disto, no Brasil, um dos efeitos positivos que pode ser constatado com a utilização do acordo de leniência e de outros mecanismos de investigação, tal qual a busca e apreensão, é a mudança no perfil dos processos administrativos que tramitam no CADE. Com os elementos de prova colhidos por meio desses instrumentos, o foco dos litígios passa a ser a discussão acerca da sua validade e/ou legalidade, deixando-se para segundo plano a discussão relativa à configuração ou não da conduta de cartel. Isto porque as provas obtidas, muitas vezes, evidenciam a violação à lei antitruste.<sup>45</sup>

Esse incremento na capacidade da autoridade antitruste em detectar e punir os cartéis tende a gerar uma demanda maior pela celebração de acordos de leniência, ocasionando assim um ciclo virtuoso que tende a desestabilizar a

---

<sup>45</sup>Conferir: DE AZEVEDO, Paulo Furquim; HENRIKSEN, Alexandre Lauri. Cartel Deterrence And Settlements: The Brazilian Experience. Julho/2010, p. 5-6. Disponível em: <http://ideas.repec.org/p/fgv/eesptd/265.html>. Conferir também depoimento da então Secretária de Direito Econômico do Ministério da Justiça, Dra. Mariana Tavares, em entrevista realizada pelo pesquisador, Apêndice E, pgs. 139 e 143.

manutenção das organizações colusivas, contribuindo diretamente para a dissuasão dessa prática na economia.

### **2.3 O Acordo de Leniência no Brasil**

Com o objetivo de dotar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) de mecanismos mais efetivos de atuação no combate das infrações à ordem econômica, e, em especial, os cartéis, a Medida Provisória n°. 2.055/2000, posteriormente convertida na Lei n°. 10.149/2000, introduziu alguns dispositivos na Lei Antitruste Brasileira (Lei 8.884/94) no sentido de ampliar os poderes instrutórios da SDE e SEAE.

Nesse contexto, além da realização de inspeções, e atuação integrada com a Advocacia Geral da União para a consecução de mandados de busca e apreensão, a SDE passou a poder celebrar acordo de leniência com terceiros interessados.<sup>46</sup>

Esse modelo brasileiro de leniência contemplou como benefício tanto a imunidade administrativa (relacionada às sanções previstas na Lei 8.884/94)

---

<sup>46</sup> Conferir a Exposição de Motivos da Medida Provisória n°. 2.055/2000: “A presente proposta tem como objetivo dotar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC de mecanismos mais efetivos de atuação, de modo a assegurar a manutenção da livre concorrência na economia brasileira, por meio de dispositivos eficazes de repressão da infração da ordem econômica. (...) A intensificação do processo de mundialização da economia vem trazendo consigo a crescente possibilidade da ocorrência de infrações à ordem econômica em escala internacional, com efeitos sobre a economia brasileira. Nos últimos anos, vêm surgindo cartéis formados por empresas multinacionais que exportam para diversos países e detêm significativa parcela do mercado mundial. Atualmente, a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América está investigando pelo menos trinta cartéis internacionais. (...) O principal instrumento introduzido pela presente medida provisória é o acordo de leniência, a ser celebrado com pessoas físicas e jurídicas que foram autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações das autoridades competentes. Acordos de leniência já vêm sendo utilizados em diversas jurisdições como os Estados Unidos, Canadá, Reino Unido e União Européia pelo seu fundamental papel como instrumento para a aceleração dos prazos e a redução dos custos das investigações na identificação de infrações à ordem econômica. No caso dos Estados Unidos a adoção de um programa de anistia ao ora proposto possibilitou uma elevação sem precedentes na detecção de cartéis, inclusive os internacionais. Portanto, a previsão legal de acordos de leniência torna o envolvimento em cartéis mais arriscado para o infrator, dada a maior probabilidade de punição pelas autoridades.” Disponível em: <http://www.camara.gov.br>

como a criminal (relacionada às sanções previstas na Lei 8.137/90).<sup>47</sup> A primeira poderá ser concedida na sua forma total, caso a proposta de acordo de leniência tenha sido apresentada num momento em que a SDE ainda não tenha conhecimento sobre a infração noticiada, ou parcial (redução de um a dois terços das penas aplicáveis), caso no momento em que seja submetida à proposta do acordo de leniência a SDE já tenha conhecimento sobre a infração.<sup>48</sup>

Deve-se registrar que a imunidade criminal estabelecida como contra partida ao acordo de leniência não abrangeu a prática de cartel no âmbito de processos licitatórios tipificada como crime pelo art. 90 da Lei 8.666/93.<sup>49</sup> Esse fato, provavelmente, dificulta a celebração deste instrumento por agentes envolvidos em conluio em licitações.<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> Conferir Art. 35-C da Lei 8884/94: “Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº. 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000). Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000).”

<sup>48</sup> Conferir § 4º, incisos I e II do art. 35-B da Lei 8.884/94: “§ 4º A celebração de acordo de leniência não se sujeita à aprovação do CADE, competindo-lhe, no entanto, quando do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo: I – decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver apresentada à SDE sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou II – nas demais hipóteses, reduzir de um a dois terços as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 27 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

<sup>49</sup> Conferir art. 90 da Lei 8.666/93. “Frustrar, ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.”

<sup>50</sup> Apesar disso, o primeiro acordo de leniência celebrado foi justamente em um caso de cartel de empresas que agia em licitações para a contratação dos serviços de vigilância no Estado do Rio Grande do Sul. Dado o caráter sigiloso do acordo de leniência, não é possível averiguar como foi tratada a questão da imunidade criminal fornecida ao leniente, ou seja, se abrangeu o crime previsto no art. 90 da Lei 8.886/93 ou não, o que imagina-se não abrangido pois este benefício criminal não está previsto na Lei 10.149/2000. Segundo a SDE, em sua cartilha “Combate a Cartéis em Licitações”, p.19: “O CADE emitiu a sua decisão em 2007 e impôs multa que variaram de 15 a 20% de faturamento bruto em 2002 a 16 empresas. Executivos das empresas condenadas e 3 associações de classe também foram multadas pelo CADE. A quantia total de multas impostas foi superior a R\$ 40 milhões. Além disso, as empresas foram proibidas de participar em licitações por 5 anos. **Na mesma ocasião, o CADE reconheceu que o denunciante cumpriu todas as condições impostas no Acordo de Leniência com a SDE, e, portanto, nenhuma sanção lhe foi imposta na esfera administrativa, tendo havido ainda a**

Da mesma forma, a prática do crime de formação de quadrilha previsto no art. 288 do Código Penal Brasileiro (Decreto Lei 2.848/1940)<sup>51</sup> não é imunizada pelo acordo de leniência. Isso é uma questão que também pode desestimular o uso desse instrumento pelos envolvidos na prática de cartel, haja vista tratar-se de conduta criminosa que pode ser perpetrada com a reunião de mais de três pessoas, podendo-se assim estar, indiretamente, sujeita à incidência das sanções previstas no referido dispositivo penal.<sup>52</sup>

Diferentemente dos EUA, em que o seu Departamento de Justiça (DOJ) é o responsável pela assinatura de acordos de leniência e pela persecução criminal, no Brasil, é a União, por intermédio da SDE, que tem a função de celebrar os acordos dessa natureza, enquanto que é o Ministério Público Federal ou Estadual que tem poderes para persecução criminal dos cartéis.

Essa questão tem levado a um questionamento em relação à possibilidade de a Lei 8.884/94 instituir que um acordo de leniência, que é assinado pela SDE, e que posteriormente é julgado pelo CADE, tenha a capacidade de extinguir a punibilidade em matéria criminal.<sup>53</sup>

Para evitar o risco de insegurança jurídica aos lenientes no que tange à efetividade da imunidade criminal obtida a partir da assinatura de um acordo de

---

**extinção automática da punibilidade no âmbito criminal.”** (grifos nossos). O Projeto de Lei nº. 06/2009 que se encontra em trâmite no Congresso Nacional, resolve esse problema por meio do seu art. 87 ao propor a seguinte redação: “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 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* desse artigo.” Disponível em: <http://www.senado.gov.br>

<sup>51</sup> Decreto Lei 2.848/1940. Art. 288 – Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena – reclusão, de um a três anos.

<sup>52</sup> A redação do art. 87 do Projeto de Lei nº 06/2009 resolve esse problema, tal como foi feito com o crime de conluio previsto na Lei nº 8.666/93.

<sup>53</sup> Conferir Relatório sobre Acordo de Leniência elaborado pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional – IBRAC, 2008, p. 09 e seguintes. Disponível em: <http://www.ibrac.org.br/Evento.aspx?Id=16>

leniência, a SDE tem adotado a prática, ainda que não prevista na Lei 8.884/94, de convidar o Ministério Público Estadual ou Federal, conforme for o caso, para atuar como interveniente-anuente do acordo de leniência.<sup>54</sup>

O acordo de leniência brasileiro está à disposição não apenas a pessoas jurídicas, mas também a pessoas físicas. Assim, qualquer indivíduo envolvido de alguma forma na prática de cartel poderá propor um acordo de leniência perante a SDE, tanto de forma isolada, como em conjunto com uma empresa que possua algum vínculo.

Os requisitos que devem ser cumpridos pelos interessados para se qualificarem para a celebração de um acordo de leniência são:

1. A empresa ou pessoa física ("beneficiário") deve ser a primeira a se qualificar com respeito à infração;
2. O beneficiário deve cessar completamente seu envolvimento na infração a partir da data de propositura do acordo;
3. A SDE não deve dispor de provas suficientes para assegurar a condenação das empresas ou pessoas físicas quando da propositura do acordo;
4. O beneficiário deve confessar sua participação no ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações;
5. O beneficiário deve colaborar com as investigações de forma a permitir a identificação dos demais co-autores da infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração; e
6. O beneficiário não pode ser um dos líderes do cartel investigado.

Preenchido os requisitos acima, o beneficiário se valerá da imunidade criminal, e da imunidade administrativa total ou parcial, a depender se a SDE, como já dito,

---

<sup>54</sup> Segundo depoimento da então Secretária de Direito Econômico do Ministério da Justiça, Dra. Mariana Tavares, prestado ao pesquisado em entrevista realizada, o Ministério Público e o Judiciário têm entendido que a SDE tem a prerrogativa de celebrar acordos de leniência, afastando, portanto, o risco de que a imunidade criminal não seria coberta por esse instituto jurídico. Conferir Apêndice E, p. 141.



tiver ou não conhecimento da infração quando da apresentação da proposta de acordo de leniência.

Além dessas possibilidades, um candidato a leniência que não preencher os requisitos acima citados (seja por ter sido o segundo a se candidatar, seja por ser o líder do cartel, etc.), poderá cooperar com o fornecimento de informações sobre uma outra infração que tenha conhecimento e esteja envolvido, e se beneficiar com a redução de um terço da pena que lhe seria aplicada no processo que investiga a infração já noticiada, e com todos os benefícios previstos a um leniente em relação à nova infração denunciada (leniência *plus*).

Dessa forma, a política de leniência brasileira na busca da defesa da concorrência se amplia visando atingir todos os mercados de atuação das empresas envolvidas na prática de alguma infração anticompetitiva.

O procedimento para a negociação e eventual celebração de um acordo de leniência é confidencial, e apenas o Secretário de Direito Econômico e o seu chefe de gabinete se envolvem nesse processo, e tem acesso às informações e documentos fornecidos pelo candidato a leniência, e caso o acordo não venha a ser firmado, estes são devolvidos, não permanecendo qualquer cópia com a SDE.

Desde a sua implementação até dezembro de 2010, foram celebrados 20 acordos de leniência no Brasil.<sup>55</sup> Isso implicou em um aumento substancial das operações de busca e apreensão para se obter provas da prática de cartéis. De

---

<sup>55</sup> Conferir a matéria “SDE lança a campanha ‘Cartel é crime - Seja o primeiro a sair’”, publicada no portal do Ministério da Justiça em 20 de dezembro de 2010: “A adoção de acordos de leniência, até então inéditos no país, foi uma estratégia crucial para o aprimoramento do combate a cartel. O programa brasileiro é um dos mais ativos entre as nações em desenvolvimento”, afirma o secretário interino de Direito Econômico Diego Faleck. Já são 20 acordos assinados em quase oito anos, dos quais Faleck participou efetivamente de 75% como chefe de gabinete da secretaria.” Disponível em <http://portal.mj.gov.br/sde> Acesso em 09 de fevereiro de 2011.

2003 a 2006, 30 mandados foram cumpridos, em 2007, 84 mandados foram cumpridos, e, em 2008, 93 mandados foram cumpridos.<sup>56</sup>

O primeiro acordo foi firmado em 2003, por um dos membros de um cartel organizado por empresas do setor de serviços de vigilância do Rio Grande do Sul para burlar licitações públicas. Desde aquele ano o combate a cartéis passou a ser prioridade da SDE, e esta vem procurando aperfeiçoar as ferramentas de investigação que possibilitam a detecção desta conduta, sobretudo o acordo de leniência.<sup>57</sup>

O endurecimento no combate aos cartéis pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência tem demonstrado resultados positivos. O primeiro cartel a ser punido foi o do aço em 1999, no qual três empresas foram condenadas a pagar multa de mais de R\$ 50 milhões. Posteriormente, outras condenações se seguiram, como a do cartel dos estaleiros em 2001, a do cartel na revenda de combustíveis em Goiânia e Florianópolis em 2002, a do cartel das companhias aéreas em 2004, a do cartel das britas em 2005, a do cartel dos jornais do Rio de Janeiro em 2005, a do cartel dos vergalhões de aço em 2005, a do cartel das auto-escolas de Santos em 2006, a do cartel das vitaminas em 2007, a do cartel contra os genéricos em 2007, a do cartel dos vigilantes do Rio Grande do Sul em 2007, a do cartel dos frigoríficos em 2007, e a do cartel de extração de areia em 2008.<sup>58</sup>

Nesse contexto, é possível constatar um aumento dos valores das multas impostas pelo CADE nas condenações por prática de cartel ao longo desses anos. Para se ter uma idéia, o valor da multa aplicada na condenação das empresas do cartel do aço em 1999 foi representativa de 1% do faturamento bruto das empresas, enquanto que no cartel das britas condenado em 2005 a multa foi equivalente a quantias que variaram entre 15% e 20% do faturamento

---

<sup>56</sup> Conferir: Secretaria de Direito Econômico, Ministério da Justiça, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Combate a Cartéis e Programa de Leniência*. 3ª ed. Brasília, 2009, p.09 e 18.

<sup>57</sup> Conferir Nota 31, p. 20.

<sup>58</sup> Op. Cit. Nota 56, p. 25-26.

bruto das empresas, e no caso do cartel de extração de areia condenado em 2008 a multa foi de 22,5% do faturamento bruto das empresas.<sup>59</sup>

Além disso, diversos processos criminais foram instaurados contra administradores das empresas envolvidas na prática de cartel no Brasil, sendo que ao menos 29 já foram condenados, havendo também casos de prisões em flagrantes e prisões temporárias.<sup>60</sup>

Esse cenário indica uma evolução positiva da política de combate a cartel brasileira, a qual está inserida o acordo de leniência, e cria uma expectativa de que esse instrumento possa ser a cada dia mais utilizado pelas empresas e indivíduos, haja vista o aumento da capacidade do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência na detecção e punição dos cartéis.

---

<sup>59</sup> Op. Cit. Nota 56, p. 25-26.

<sup>60</sup> Op. Cit. Nota 56, p. 13-14

## CAPÍTULO III

### 3.1 Termo de Compromisso de Cessação de Prática (TCC) – Objetivos e Histórico

O Termo de Compromisso de Cessão de Prática é um instrumento alternativo de solução de controvérsia, por meio do qual o agente econômico processado pela prática de uma conduta anticompetitiva assume algumas obrigações perante a autoridade antitruste, inclusive, e, principalmente, a obrigação de cessar tal prática, em troca da extinção do processo que está sendo submetido.

Trata-se, portanto, de um acordo celebrado entre o réu e a autoridade antitruste que leva a extinção do processo, caso as obrigações estipuladas no mesmo sejam cumpridas. Sendo assim, o TCC se revela mais um instrumento que pode ser utilizado na prevenção e repressão das infrações à ordem econômica, em especial no combate aos cartéis, haja vista tratar-se este ilícito de conduta coletiva praticada por vários agentes econômicos, cuja investigação e processo demandam tempo e o dispêndio de recursos elevados.

Assim como o acordo de leniência, o país que possui maior tradição na utilização desse instrumento em matéria de cartel é os Estados Unidos. As autoridades antitrustes deste país (*Federal Trade Commission - FTC* e *Department of Justice – DOJ*) possuem duas modalidades de acordos desta natureza, quais sejam o *plea agreement*, também chamado de *plea bargain*<sup>61</sup>, e o *consent decree*.

---

<sup>61</sup> Utilizaremos a nomenclatura de *plea agreement* tendo em vista que: “The term “plea bargaining” sometimes carries a negative connotation. Concerns may be based on a commonly held myth that in the U.S. prosecutors bargain away justice by securing agreements that allow defendants to plea guilty to lesser offenses. This myth stems from a misunderstanding of what is actually “bargained” during the U.S. plea process.” O’BRIEN Ann. “Cartel Settlements in the U.S and EU: Similarities, Differences, & Remaining Questions”. 13<sup>th</sup> Annual EU Competition Law and Policy Workshop, Junho/2008, Florença/Itália, p. 5. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/235598.pdf>

O modelo do *plea agreement* é utilizado para encerrar um processo no âmbito criminal<sup>62</sup>, e para que um acordo desta natureza seja celebrado, o réu, acusado da prática de cartel, tem que se comprometer a: (i) reconhecer a culpa pela infração cometida; (ii) cooperar com as investigações, o que implica na renúncia ao direito a um julgamento e a recursos, e no fornecimento de informações, provas e evidências sobre a conduta investigada; e (iii) aceitar as penalidades impostas. Como contra partida, a autoridade antitruste se compromete a não realizar mais acusações contra o réu, e a reduzir as penalidades aplicáveis.

Com esses requisitos, percebe-se que esse acordo norte-americano pretende não apenas solucionar o caso de forma mais célere e evitar o dispêndio de maiores recursos com o prosseguimento das investigações e do litígio em âmbito criminal, mas também, tal qual o acordo de leniência, colher ainda mais elementos de prova sobre a conduta investigada, para forçar, cada vez mais, os outros réus a também celebrarem acordos dessa natureza.<sup>63</sup>

Ele funciona, praticamente, como um segundo acordo de leniência com imunidade parcial, já que as exigências em relação ao réu são as mesmas, mas pelo fato dele ter se candidatado depois do leniente, ele só poderá gozar da redução das sanções aplicáveis, que, no âmbito criminal, estarão em jogo a multa, e a pena de prisão para as pessoas físicas, revelando-se assim um benefício atraente se comparado com a capacidade de detecção e punição total da autoridade antitruste por meio do prosseguimento do litígio.<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> Esse tipo de acordo tem sido muito utilizado pelo Departamento de Justiça Norte – Americano, conforme relata O'BRIEN Ann. "Op. Cit, p. 2. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/235598.pdf>: "The Antitrust Division of the US Department of Justice (hereinafter "the Division") has a long history of settling cartel cases with plea agreement. Over 90 percent of the hundreds of defendants charge with criminal cartels offenses during the last 20 years have admitted the conduct and entered into plea agreement with the Division."

<sup>63</sup> Conferir O'BRIEN Ann. Op. cit, p. 6. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/235598.pdf>: "In the U.S., from the Divisions' perspective, the goals of the cartel settlements are to: 1) receive cooperation; 2) create and sustain momentum in its investigation; and 3) resolve cartel cases quickly without the need for litigation."

<sup>64</sup> Conferir HAMMOND Scott D. The US Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All. OECD Competition Committee Working Party n. 3. Outubro/2006.

Já o *consent decree* é utilizado para solucionar um processo em âmbito administrativo, não havendo, necessariamente, a necessidade de reconhecimento da culpa por parte do réu. Por meio desse acordo, as autoridades antitruste norte-americanas objetivam cessar a prática da conduta investigada, sendo muito comum, para tanto, a estipulação da obrigatoriedade da adoção de programas de *compliance*, apresentação de relatórios e permissão de realização de inspeções nos arquivos das empresas. Logo, o que se pretende com este modelo de acordo é uma solução célere e efetiva, com a economia de recursos por ambas as partes.<sup>65</sup>

O *consent decree* firmado em matéria de cartel é de competência exclusiva do *DOJ*, e a validade do acordo depende de homologação judicial. No âmbito desse procedimento, o *DOJ* deve fazer uma análise de conveniência e oportunidade através de um relatório de impacto concorrencial sobre o acordo, no qual deverá constar uma explicação sobre a natureza do mesmo, as alternativas consideradas e as razões para sua rejeição, e os remédios disponíveis às partes privadas. Com base nesse relatório o Poder Judiciário analisará o impacto do acordo em relação à concorrência nos mercados relevantes e decidirá pela sua homologação ou não.

---

Paris/França, p. 2: "In the United States and a number of other jurisdictions, the benefits of the leniency program are only available to the first company to come forward and be accepted into the program. In these jurisdictions, however, companies and individuals that do not qualify for full immunity but offer timely and valuable cooperation can still obtain significant sentencing benefits, including a substantial reduction in fines and more favorable treatment for culpable executives. Sentencing discounts for these cooperators are handled outside of the Division's Corporate Leniency Program. In the United States, the benefits are conferred through the negotiation of plea agreements whereby the defendant is obligated to plead guilty and provide full and continuing cooperation. In exchange, the government commits to making a specific sentencing recommendation to the court which, as discussed below, the courts are very likely to follow." Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>

<sup>65</sup> Conferir American Bar Association (ABA). Antitrust Law Developments. 2007, 6<sup>th</sup> ed. Vol. 1, p. 704-705: "Consent decrees are the most common disposition of antitrust claims. They allow the antitrust division to operate at considerably less expense than if all cases were tried, and they allow defendants to avoid the expense, inconvenience, and risks of trial (...) While individual decrees are tailored to the particular facts of a matter, the Antitrust Division generally seeks to include in its decrees provisions terminating the challenged conduct, specific required compliance efforts, arrangements for periodic reports, and an agreement permitting inspection of company reports."

Outros países como Alemanha, França, Canadá, Austrália, Israel, Suíça e Reino Unido, também possuem um sistema de celebração de termos de compromisso em matéria de cartel. Em alguns deles, tais como Alemanha, Canadá e Israel, o reconhecimento expresso da culpa por parte do réu também é exigida. Já na França é possível apenas o réu renunciar ao direito de contestar as acusações feitas pela autoridade antitruste.<sup>66</sup>

Essa questão da exigência do reconhecimento da culpa pode, em algumas situações, funcionar como fator desestimulador que inviabilize a celebração de termos de compromissos de cessação por parte dos réus. Isso ocorrerá nos casos em que a prática deste ato deixar o réu vulnerável a uma sanção cujo prejuízo se revele maior do que os benefícios ofertados pela autoridade antitruste como contra partida à celebração do acordo.

Em 2008, a União Européia também adotou um procedimento de celebração de termos de compromisso dessa natureza.<sup>67</sup> Segundo o modelo europeu, depois de a autoridade antitruste ter colhido provas e evidências do cartel por meio dos instrumentos de investigação, tais como busca e apreensão e acordo de leniência, e no exercício do seu poder discricionário, avaliar que o caso é apropriado para a celebração de um acordo, poderá ser aberto um procedimento de negociação.

No entanto, como requisitos mínimos, que não poderão ser objeto de barganha entre as partes, o réu deverá: (i) reconhecer a culpa pela infração cometida; (ii) cooperar com a autoridade antitruste para um solução rápida do caso, renunciando a direitos processuais caso a sua proposta de acordo seja acatada; (ii) aceitar a penalidade imposta. Como contra partida, o réu poderá se beneficiar

---

<sup>66</sup> Conferir ICN. *Cartel Settlements*. Abril, 2008. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc347.pdf>

<sup>67</sup> Conferir Commission Regulation (EC) No 622/2008. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:171:0003:0005:en:PDF> e Commission Notice on the conduct of settlements procedures in view of the adoption of Decisions pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation (EC) No 1/2003 in cartel cases. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:167:0001:0006:EN:PDF>

de uma redução de até 10% da multa que lhe seria aplicada.<sup>68</sup> Além disso, uma vez que o litígio não se estende às vias de contestação e recursos, o réu economiza tempo e dinheiro que seriam gastos com a sua defesa e gestão do processo.

Como se pode perceber, o objetivo perseguido pela Comunidade Européia ao desenhar o seu modelo de procedimento de celebração de termos de compromissos em matéria de cartel foi apenas a solução mais célere dos casos e a conseqüente economia dos recursos que, normalmente, são aplicados na gestão de um litígio, na medida em que a cooperação do réu ficou restrita a este propósito e não abrangeu o compromisso de fornecer provas e evidências sobre a infração.

Portanto, nota-se que esse instrumento pode ser utilizado como uma ferramenta de investigação e/ou como um meio mais célere de solução dos casos de cartel. Isso dependerá de como cada país irá elaborar o seu modelo, levando-se em consideração as exigências de cooperação e reconhecimento da culpa por parte do réu.

### **3.2 O Termo de Compromisso de Cessação de Prática no Brasil**

No Brasil a Lei 8.884/94 estabeleceu, em sua origem, um sistema de celebração de Termo de Compromisso de Cessação de Prática, pelo qual o agente se comprometia a cessar a prática anticompetitiva e a fornecer relatórios sobre a sua atuação no mercado, em troca da extinção do processo.<sup>69</sup> Nesse modelo, a confissão de culpa por parte do agente econômico não era exigência obrigatória.

No entanto, a Medida Provisória n°. 2.055/2000, posteriormente convertida na Lei 10.149/2000, que instituiu o Acordo de Leniência no Brasil entendeu por bem

---

<sup>68</sup> É importante lembrar que a multa é a única espécie de sanção aplicada pela Comissão Européia nos casos de cartel, haja vista que eventuais persecuções criminais dos envolvidos deverão ser realizadas pelos seus países membros que regulem como crime esta conduta.

<sup>69</sup> Conferir Nota 16, p. 10.



vedar a possibilidade de celebração de TCC em matéria de cartel.<sup>70</sup> Dessa forma, ou o agente reconhecia a sua culpa pela infração e colaborava com a autoridade pública nas investigações em troca da leniência, ou ficaria sujeito ao deslinde de uma investigação/processo correndo o risco de sofrer uma condenação e arcar com o ônus decorrente desta.

Essa situação perdurou até a edição da Medida Provisória 340 de 29 de dezembro de 2006, posteriormente convertida na Lei 11.482, de 31 de maio de 2007, que mais uma vez alterou a Lei 8.884/94, reinserindo a possibilidade de celebração de TCC em matéria de conduta de cartel, na medida em que não fez nenhuma menção expressa à exclusão desta prática anticompetitiva do leque de infrações à ordem econômica sob investigação que podem ser objeto deste acordo.<sup>71</sup>

Em 04 de setembro de 2007 o CADE editou a Resolução N.º 46 que, dentre outras questões, regulamentou o art. 53 da Lei 8.884/94, com a redação dada pelo art. 16 da Lei 11.482/2007.

Este novo cenário regulatório do TCC trouxe basicamente apenas três novidades em relação à regulação na sua versão original prevista na Lei 8884/94, e que foi revogada pela Lei 10.149/2000, quais sejam: i) a obrigatoriedade de recolhimento de valor pecuniário ao Fundo de Direitos Difusos e Coletivos em se tratando de condutas que configuram cartel ii) a possibilidade de adoção de um programa de prevenção de infrações à ordem econômica pelo agente investigado/processado; e iii) a necessidade de reconhecimento de culpa pelo compromissário em relação à conduta investigada nos casos em que já houver sido firmado Acordo de Leniência pela SDE.<sup>72</sup>

A proposta de termo de compromisso de cessação de prática pode ser apresentada ao CADE somente uma vez, desde o início das investigações até

---

<sup>70</sup> Conferir Nota 17, p. 11.

<sup>71</sup> Conferir Nota 19, p. 11.

<sup>72</sup> A medida (i) foi implementada através da Lei 11.482/2007, e as medidas (ii) e (iii) foram implementadas por meio da Resolução N.º 46 do CADE.

antes do início da sessão de julgamento do processo. No entanto, um dos fatores que baliza a definição do valor da contribuição pecuniária é o momento da propositura do acordo.<sup>73</sup> Logo, quanto mais tarde os interessados se apresentarem a tendência será a contribuição pecuniária ser mais alta.

A SDE, a critério do conselheiro relator, poderá acompanhar as negociações realizadas com o interessado e apresentar parecer não vinculativo sobre a proposta e celebração do TCC. Recentemente, o CADE instituiu uma comissão para auxiliar o conselheiro relator na negociação dos TCCs. Ela é composta de, pelo menos, três servidores do órgão nomeados pelo Plenário.<sup>74</sup>

Uma questão que se coloca diante desse modelo de submissão e negociação do TCC perante o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é a pertinência de a SDE figurar como o agente negociador desse acordo quando as investigações e/ou a instrução processual ainda se encontrem em andamento, e, portanto, o processo administrativo ainda não tenha sido remetido ao CADE para julgamento.<sup>75</sup>

Essa medida poderia implicar na redução de custos de transação e assimetria de informações haja vista que a SDE seria o órgão com o maior volume de dados sobre o caso, estando mais apto a avaliar as melhores condições a se perseguir no acordo, em especial no que se refere à fixação da contribuição pecuniária e o grau de relevância da colaboração com as investigações.<sup>76</sup>

---

<sup>73</sup> Vide art. 129 – E da Resolução N.º 46 do CADE.

<sup>74</sup> Conferir Resolução CADE n.º 51, de 04 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n.%C2%BA%2051.pdf>

<sup>75</sup> Essa é a posição da SDE. Conferir a manifestação desse órgão sobre a Consulta Pública do CADE n.º. 02/2008 realizada por meio do Ofício n.º. 7976/2008/SDE. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ9F537202ITEMID597B15F35E7043448D2E1D00D14E5804PTBRIE.htm>

<sup>76</sup> O ex-conselheiro do CADE Paulo Furquim no seu Voto proferido no Requerimento N.º 08700.004992/2007-43 proposto pela Cimpor Cimentos do Brasil Ltda., referente ao Processo Administrativo N.º. 08012.011142/2006-79, ressaltou a importância do papel da SDE na fixação da contribuição pecuniária levando-se em consideração o seu grau de informação para mensurar o desconto a ser concedido ao compromissário pelas contrapartidas fornecidas, tais como confissão de culpa e colaboração com as investigações: “Entretanto, o reconhecimento dessa assimetria, bem como a impossibilidade de emissão de juízo definitivo antes de concluída a instrução e ampla defesa, não implica que se deva desconsiderar qualquer informação que

Atualmente, o único canal formal de troca de informação entre o CADE e a SDE no âmbito do procedimento de negociação de um TCC é via parecer emitido por este órgão, quando instado a se manifestar. Essa sistemática pode não se revelar apropriada ou ágil o suficiente para municiar o CADE de todas as informações relevantes para o melhor exercício da barganha num processo de negociação que pode durar até sessenta dias.<sup>77</sup>

A SDE e o CADE são órgãos independentes entre si, mas cujas funções são desenvolvidas no âmbito de um mesmo sistema (SBDC) em prol da missão comum de implementar a política de concorrência prevista na Lei 8.884/94. Nesse sentido essas agências devem trabalhar da forma mais integrada possível para se atingir esse objetivo. Logo, parece razoável que ao menos um membro da SDE fizesse parte da comissão de negociação instaurada pelo conselheiro relator do TCC.<sup>78</sup>

---

chegue ao conhecimento da Administração sobre o caso objeto do TCC. Pelo contrário, a Administração deve fazer uso de toda a informação que estiver disponível. Nesse sentido, o papel da SDE na fixação da contribuição pecuniária a ser estabelecida pelo CADE é fundamental, pois ela é a entidade mais apta a mensurar, dada a situação do processo, qual deve ser o eventual desconto a que faria jus o acusado por reconhecer culpa, prover novas provas ou economizar esforços processuais da Administração. Especial ênfase deve ser dada aos processos em que a investigação não está concluída e pode ser promissora, situação em que a assimetria de informação pode ser mais elevada. Ainda assim, deve-se evitar acordos com acusados que possam ser potencialmente inocentes, o que pode ocorrer caso o desconto seja muito elevado.” P. 27. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>

<sup>77</sup> Evidência nesse sentido pode ser constatada no caso do TCC proposto pela *Trelleborg Industrie SAS*, Requerimento n.º 08700.002312/2009-19 referente ao Processo Administrativo n.º 08012.010932/2007-18, cujo voto do conselheiro relator Fernando de Magalhães Furlan relata expressamente que: “A colaboração com as investigações foi considerada útil, mas de valor limitado, tendo em vista o momento processual e o conjunto probatório constante nos autos. **Para verificar a utilidade da colaboração, a SDE foi consultada informalmente durante o período de negociações.** Houve aporte de documentos como *facsimiles* e mensagens eletrônicas (*e-mails*) constantes do Anexo III do TCC e a obrigação de esclarecimento quanto às condutas para auxiliar as autoridades a interpretar as evidências constantes dos autos.” (grifos nossos), p. 3-4. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>

<sup>78</sup> O Projeto de Lei 06/2009 que se encontra em trâmite no Congresso Nacional propõe uma reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência na qual a SDE e o CADE se fundiriam em uma única agência. Nesse novo modelo as negociações dos TCCs seriam de responsabilidade da então superintendência geral (atual SDE) que submeteria o acordo à aprovação do então Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (atual CADE). Ao que parece, se aprovado, esse novo modelo pode representar um avanço em prol do aperfeiçoamento do sistema de negociação dos TCCs que ficará a cargo do órgão que detém mais informação para o exercício da negociação, bem como em relação ao funcionamento mais coordenado do SBDC já que os órgãos instrutor e judicante funcionarão dentro de uma mesma estrutura, o que espera-se

O CADE analisará as propostas de TCCs levando-se em consideração a sua conveniência e oportunidade, o que acaba conferindo a este órgão um poder discricionário sobre quais os requisitos e obrigações que deverão ser exigidos dos compromissários. Com exceção da obrigação de cessar a infração, do recolhimento de contribuição pecuniária nos casos de cartel, da multa por descumprimento do termo, e do reconhecimento da culpa nos casos em que há acordo de leniência, este conselho terá uma maior flexibilidade para negociar outros pontos, tais como: colaboração com as investigações, valor e condições de pagamento da contribuição pecuniária, adoção de um programa de *compliance*, etc.

É importante registrar que as sanções previstas na Lei de Crimes Contra a Ordem Econômica (Lei 8137/90) não podem ser objeto de negociação no âmbito da celebração de um TCC. O CADE não tem poderes para dispor sobre eventual imunidade criminal ou redução de penalidades nesta seara.<sup>79</sup> Além disso, o compromissário não ficará a salvo de eventual responsabilização por danos a terceiros que venham a ser demonstrados através de processos particulares de natureza civil.

Dessa forma, o modelo brasileiro de procedimento de celebração de termo de compromisso de cessação de prática preserva a “corrida” pelo acordo de leniência, na medida em que a imunidade criminal é um benefício exclusivo desse instituto, e se revela um instrumento hábil de solução alternativa dos casos, que leva à dissuasão da infração à ordem econômica e a economia de recursos que seriam gastos com o prosseguimento do litígio em âmbito administrativo e judicial.

---

seja o suficiente para exercerem suas atividades com mais sinergia sob a diretriz de um planejamento estratégico único.

<sup>79</sup> Como já dito, no Brasil a persecução dos cartéis em âmbito criminal é de responsabilidade do Ministério Público que deverá indiciá-los e instaurar processo perante o poder judiciário. Ademais, a regulação atual do TCC não confere ao Cade a possibilidade de transacionar a imunidade criminal das sanções previstas na Lei 8.137/90.

Uma pesquisa realizada pela Sociedade Brasileira de Direito Público em parceria com o CADE e a Federação das Indústrias de São Paulo - FIESP, demonstra que o maior número de decisões do CADE, objeto de questionamento no Judiciário, foram oriundas de processos administrativos referentes à conduta de cartel, e que o trâmite desses processos judiciais levaram, em média, 5 anos e 3 meses.<sup>80</sup>

Essa realidade institucional implica na demora da efetividade das decisões deste órgão antitruste e, por conseqüência, em ineficiência na implementação da política de concorrência. Para se ter uma idéia, um relatório de auditoria elaborado pela OCDE em 2005 informa que menos de 4% das multas aplicadas pelo CADE haviam sido pagas até então.<sup>81</sup>

Diante desse cenário, espera-se que, observado o critério de conveniência e oportunidade, a política de celebração de termos de compromisso de cessação de prática se desenvolva cada vez mais em prol da aplicação efetiva da Lei Antitruste (Lei 8884/94).

Desde a edição da Lei 8884/94 até o ano de 2010 o CADE celebrou 56 instrumentos de TCCs, dos quais 31 em processos de cartel, sendo possível verificar uma variação em relação aos requisitos exigidos nos mesmos, conforme ilustram as duas tabelas abaixo<sup>82</sup>:

**Tabela 1 - TCCs Celebrados em Processos de Cartel**

	<b>Requerimento/ Processo Adm.</b>	<b>Compromissário</b>	<b>Mercado</b>	<b>Data</b>	<b>Leniência</b>
--	--	-----------------------	----------------	-------------	------------------

<sup>80</sup> Conferir SBDP. Revisão Judicial das Decisões do Cade. Belo Horizonte: ed. Fórum, 2010, p. 24-25. Disponível em: <http://www.fiesp.com.br/sindical-juridica/pdf/miolo-para-distribuicao.pdf>

<sup>81</sup> Conferir OECD, 2005. Brazil Peer Review of Competition Law and Policy. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/41/28/38835344.pdf>

<sup>82</sup> Conferir [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br) acesso em 04 de fevereiro de 2011. Ao todo são 59 processos de TCCs cadastrados. No entanto, o processo da Lafarge está cadastrado duas vezes, tendo em vista que o TCC foi celebrado em 28.11.2007 e posteriormente aditado em 12.12.2007. Além disso, apesar de os requerimentos de José Malagutti, Walter Desiderá e Mauro Mendonça estarem cadastrados separados, estes foram objeto de apenas um instrumento de TCC.

<b>1</b>	/08000.012720/1994-74	Branco Peres Citrus S.A	Suco de Laranja	31.10.1995	Não
<b>2</b>	/08000.012720/1994-74	Cambuhy Citrus Comercial e Exportadora Ltda.	Suco de Laranja	31.10.1995	Não
<b>3</b>	/08000.012720/1994-74	Cargil Citrus Ltda.	Suco de Laranja	31.10.1995	Não
<b>4</b>	/08000.012720/1994-74	Citrosuco Paulista S.A.	Suco de Laranja	31.10.1995	Não
<b>5</b>	/08000.012720/1994-74	Comércio e Indústrias Brasileiras Coinbra S.A.	Suco de Laranja	31.10.1995	Não
<b>6</b>	/08000.012720/1994-74	Royal Citrus Ltda.	Suco de Laranja	31.10.1995	Não
<b>7</b>	/08000.012720/1994-74	Sucocítrico Cutrale Ltda.	Suco de Laranja	31.10.1995	Não
<b>8</b>	/08000.012720/1994-74	Bascitrus Agroindústria S.A.	Suco de Laranja	06.11.1995	Não
<b>9</b>	/08000.012720/1994-74	Citrovita Agroindustrial Ltda.	Suco de Laranja	06.11.1995	Não
<b>10</b>	/08000.012720/1994-74	CTM Citrus S.A.	Suco de Laranja	06.11.1995	Não
<b>11</b>	/08000.016384/1994-11	Fertibras S.A. Adubos e Inseticidas	Fertilizantes	07.03.1996	Não
<b>12</b>	/08000.016384/1994-11	Fertifos Administração e Participação S.A	Fertilizantes	07.03.1996	Não
<b>13</b>	/08000.016384/1994-11	Fertiza Companhia Nacional de Fertilizantes S.A.	Fertilizantes	07.03.1996	Não
<b>14</b>	/08000.016384/1994-11	IAP S.A.	Fertilizantes	07.03.1996	Não
<b>15</b>	/08000.016384/1994-11	Manah S.A.	Fertilizantes	07.03.1996	Não

<b>16</b>	/08000.016384/1994-11	Solorrco S.A.	Fertilizantes	07.03.1996	Não
<b>17</b>	/08000.016384/1994-11	Tenekaka S.A.	Fertilizantes	07.03.1996	Não
<b>18</b>	/08000.016384/1994-11	Ultrafétil S.A.	Fertilizantes	07.03.1996	Não
<b>19</b>	08700.02906/2007-68 / 08012.002493/2005-16	JBS S.A.	Frigorífico	28.11.2007	Não
<b>20</b>	08700.02906/2007-68 / 08012.002493/2005-16	Wesley Batista	Frigorífico	28.11.2007	Não
<b>21</b>	08700.02906/2007-68 / 08012.002493/2005-16	Artemio Listoni	Frigorífico	28.11.2007	Não
<b>22</b>	08700.004221/2007-56/ 08012.011142/2006-79	Lafarge Brasil S.A.	Cimento	28.11.2007	Não
<b>23</b>	08700.005281/2007-96 /08012.004674/2006-50	Alcan Embalagens do Brasil Ltda. e Marco Ferraroli	Embalagens de Alumínio	23.07.2008	Não
<b>24</b>	08700.001882/2008-19 / 08012.010932/2007-18	Bridgestone Corporation	Mangueiras Marítimas	27.08.2008	Sim
<b>25</b>	08700.005321/2008-81 / 08012.010932/2007-18	Manuli Hidráulica do Brasil Ltda.	Mangueiras Marítimas	21.01.2009	Sim
<b>26</b>	08700.002312/2009-19 / 08012.010932/2007-	Trelleborg Industries SAS	Mangueiras Marítimas	16.09.2009	Sim

	18				
<b>27</b>	08700.001369/2009-09 / 08012.000820/2009 - 11	Whirlpool S.A., Brasmotor S.A e Outras 8 pessoas físicas	Compressores Herméticos	30.09.2009	Sim
<b>28</b>	08700.001913/2009-12 / 08012.007238/2006 - 32	Associação de Auto Escolas de Campinas e Oswaldo Radelli Filho	Auto Escola	07.10.2009	Não
<b>29</b>	08700.003321/2009-27 08700.003621/2009-14 08700.003622/2009-51 / 08012.000820/2009 - 11	José A. Malagutti Walter Desiderá Mauro Mendonça	Compressores Herméticos	17.03.2010	Sim
<b>30</b>	08700.002248/2009-76 / 08012.000820/2009 - 11	Gerson Veríssimo	Compressores Herméticos	28.04.2010	Sim
<b>31</b>	08700.002933/2009-01 / 08012.003623/2009-53	União Brasileira de Avicultura e Ariel Mendes	Avícola	09.06.2010	Não

**Tabela 2 – Requisitos Exigidos nos TCCs**

Compromissário	Requisitos					Leniência
	Cessaçã Imediata da prática	Programa de <i>Compliance</i>	Contribuição Pecuniária	Colaboração com a investigação	Confissão de culpa	
Branco Peres Citrus S.A, e os	X					



outros listados até a linha 10 da Tabela 1 acima.						
Fertibras S.A. Adubos e Inseticidas, e os outros listados até a linha 18 da Tabela 1 acima.	X					
JBS S.A.	X	X	X			
Wesley Batista	X		X			
Artemio Listoni	X		X			
Lafarge Brasil S.A.	X	X	X	X		
Alcan Embalagens do Brasil Ltda. e Marco Ferraroli	X	X	X	X		
Bridgestone Corporation	X		X	X	X	X
Manuli Hidráulica do Brasil Ltda.	X		X	X	X	X
Trelleborg Industries SAS	X		X	X	X	X
Whirlpool S.A., Brasmotor S.A e Outras 8 pessoas físicas	X	X	X		X	X
Associação de Auto Escolas de Campinas e Oswaldo Radelli Filho	X	X	X	X	X	
José A. Malagutti Walter Desiderá Mauro Mendonça	X		X	X	X	X
Gerson Veríssimo	X		X		X	X

União Brasileira de Avicultura e Ariel Mendes	X		X			
---	---	--	---	--	--	--

A partir da análise dos dados elencados acima é possível chegar a algumas conclusões. Primeiro o TCC ainda se revela um instrumento pouco utilizado no Brasil. Em termos absolutos o número de 56 TCCs celebrados é muito pouco, levando-se em consideração que apenas no período compreendido entre os anos de 2000 a 2010 foram distribuídos 433 processos administrativos e 477 averiguações preliminares.<sup>83</sup> Ademais, em matéria de cartel, foram celebrados 31 TCCs, tendo como compromissários 26 empresas, 17 pessoas físicas, e 2 associações, e relativos a apenas 9 processos.

De acordo com DE AZEVEDO e HENRIKSEN<sup>84</sup>, existem mais de 200 pessoas físicas e/ou jurídicas que estão sendo investigadas apenas pela prática de cartel clássico com evidências diretas obtidas por meio de buscas e apreensões e interceptações telefônicas, e, provavelmente, mais de 1.000 pessoas investigadas se forem levados em consideração todos os casos de cartel. Portanto, esses números revelam que a utilização dos TCCs ainda está muito aquém das suas possibilidades.

Segundo, também é possível constatar um maior rigor do CADE em relação aos requisitos exigidos para celebrar os TCCs em matéria de cartel a partir do ano de 2007. Isso, provavelmente, está relacionado ao fato de que os TCCs dos mercados de processamento de suco de laranja e de fertilizantes foram firmados sob a égide da regulação original prevista na Lei 8884/94, na qual não havia a possibilidade de adoção de um programa de *compliance*, a obrigatoriedade de recolhimento de contribuição pecuniária em favor do Fundo de Direitos Difusos, e, muito menos, do reconhecimento da culpa nos casos em que tivesse sido firmado acordo de leniência, pois este instituto ainda nem existia no

<sup>83</sup> Conferir [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br) Acesso em 04 de fevereiro de 2011.

<sup>84</sup> Conferir DE AZEVEDO, Paulo Furquim; HENRIKSEN, Alexandre Lauri. Op. Cit, p. 21. Disponível em: <http://ideas.repec.org/p/fqv/eesptd/265.html>

ordenamento jurídico brasileiro. Diante disso, estes instrumentos exigiram apenas dos compromissários obrigações de fazer e/ou de não fazer com o objetivo de cessar a conduta investigada, enquanto que os demais TCCs que foram celebrados a partir do ano de 2007 já trouxeram outras obrigações de acordo com a Lei 11.482/07 e a Resolução N°. 46 do CADE.

### **3.3 A Análise Econômica do Termo de Compromisso de Cessação de Prática**

Estudos baseados na teoria da Análise Econômica do Direito já se debruçaram sobre a análise dos custos sociais envolvidos em um processo judicial, e os fatores que incentivam as partes a intentarem uma solução negociada para a resolução do conflito de interesses.<sup>85</sup>

Levando-s em consideração a premissa de que a racionalidade dos agentes os levaria a escolher a alternativa que lhe trouxesse maior benefício, é razoável assumir que a economia dos custos envolvidos em um processo através da celebração de um acordo pode ser uma solução eficiente para ambas as partes.<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> Conferir POSNER, Richard A. An Economic Approach to Legal Procedure an Judicial Administration. The Journal of Legal Studies, Vol 2, No. 2, p. 399-458. The University of Chicago Press, 1973. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/724058>, e LANDES, William M. An Economic Analysis of the Courts. Journal of Law and Economics, Vol. 14, No.1, p. 61-107. The University of Chicago Press, 1971. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/724858>. Ambos os trabalhos dedicam atenção sobre a análise da decisão das partes entre celebrar um acordo ou litigar perante o poder judiciário. Dentre os fatores que podem influenciar a conciliação estão a morosidade do trâmite dos processos, incerteza sobre o resultado do julgamento, e a escassez de recursos pelas partes.

<sup>86</sup> Nesse sentido Richard A Posner afirma que: “The plaintiff’s minimum offer is the expected value of the litigation to him plus his settlement costs, the expected value of the litigation being the present value of the judgment if he wins, multiplied by the probability (as he estimates it) of his winning, minus the present value of his litigation expenses. The defendant’s maximum offer is the expected cost of the litigation to him, and consists of his litigation expenses, plus the cost an adverse judgment multiplied by the probability as he estimates it of the plaintiff’s winning (which is equal to one minus the probability of his winning), minus his settlement costs. Anything that reduces the plaintiff’s minimum offer or increases the defendant’s maximum offer, such as increase in the parties litigation expenditures relative to their settlement costs, will reduce the likelihood to litigation.” Op. cit., p. 418.

No entanto, a existência de expectativas divergentes entre as partes pode fazer com que o acordo não seja atingido.<sup>87</sup> Logo, para viabilizar a conciliação se faz necessário que o seu processo de negociação seja delineado com o objetivo de fazerem as partes convergirem. Nesse sentido, é de fundamental importância que as partes se disponham a compartilhar os ganhos oriundos do acordo, pois do contrário a tendência será a apresentação de propostas desbalanceadas que não ganharão convergência.

Ademais, o fator tempo é uma variável que pode determinar a conveniência e oportunidade em firmar um acordo ou prosseguir com o litígio, já que quanto mais o tempo passa, mais informações são disponibilizadas e menor é a economia dos recursos, além do que as partes podem ser influenciadas de forma diversa em relação ao tempo ótimo em que seja interessante ou não prosseguir com o litígio.

Nesse contexto, o Termo de Compromisso de Cessação de Prática pode funcionar como uma solução benéfica para as partes envolvidas em casos de investigação de cartel. O compromissário economizaria os recursos que seriam gastos com a gestão do processo (advogados, taxas, tempo despendido), e ainda minimizaria o custo que teria com uma eventual punição, eliminando o risco de uma decisão incerta. A autoridade antitruste também economizaria os recursos que seriam gastos com a gestão do processo podendo alocá-los na persecução de outros casos aumentando o seu poder de detecção das infrações, assim como eliminaria eventual incerteza da condenação do representado.

---

<sup>87</sup> Nesse sentido afirma Richard A Posner: "We have suggested that a principal cause of litigation is "mutual optimism" – both parties believe they have a good chance of winning. This state will usually come about because one party (or both) thinks his case stronger than in reality is, or what amounts to the same thing, think his opponent's case weaker than it really is. It may seem improbable that such mistakes would be an important source of failure to settle. It is common enough in bargaining contexts for each party to enter the negotiation with an inflated idea of the value of his performance relative to that of the other party." Op. cit., p. 422.

Por outro lado, é preciso analisar eventual efeito contraproducente que a celebração de TCCs poderia acarretar, relacionado à diminuição da dissuasão das práticas anticompetitivas e ao prejuízo do programa de leniência existente.

Uma política de TCC poderá diminuir a dissuasão das práticas anticoncorrenciais se esta for calcada numa redução da penalidade prevista elevada ao ponto de se configurar vantajoso para o agente econômico cometer a infração e em caso de ser detectado firmar um acordo no qual desembolsará um valor menor do que os ganhos auferidos com a atividade ilícita.

Nessa linha ilustra ASCIONE e MOTTA que<sup>88</sup>:

When deciding whether to violate the law, the undertaking compares the gain it gets from the violation, with the expected costs associated with being detected, that is the fine it would obtain once detected times the probability of detection. In formal terms, this trade-off can be written as:  $\pi \geq pF$ . Where  $\Pi$  represents the profits from infringing the law,  $p$  represents the probability of being detected by the antitrust authority and  $F$  represents the amount of the fine. Assuming that the probability of being detected  $p$  is constant, if the expected fine decreases, for instance because of the settlement, the minimum profits required to infringe the law reduces as well, and a diluted deterrence effect occurs. This causal effect is true as long as the probability of being detected is constant. However, if the resources freed through the use of settlements, are devoted to the detection of other cases, then the probability of being detected increases. In this case the net effect on deterrence is ambiguous. The deterrence will decrease if the increment in the probability of being detected does not compensate the fine reduction, but deterrence can stay constant or even increase if the probability of being detected more than compensate the fine reduction.

Portanto, em tese, para que seja possível obter resultados ótimos através da celebração de TCCs, a sanção nele prevista deverá tomar como base a probabilidade de condenação do agente, e a provável multa que lhe seria aplicada em caso de julgamento, podendo haver um desconto que reflita a economia dos custos que a autoridade antitruste obteve com a resolução antecipada do processo.<sup>89</sup>

---

<sup>88</sup> ASCIONE, Aurora; MOTTA Massimo. Settlements in Cartel Cases. p. 4-5. Disponível em: [http://www.barcelonagse.eu/tmp/pdf/motta\\_settlementscartels.pdf](http://www.barcelonagse.eu/tmp/pdf/motta_settlementscartels.pdf).

<sup>89</sup> Essa, inclusive, é a posição da OCDE: "The agreement on a sanction in a plea agreement should reflect the likelihood of a conviction, a probable fine that would be obtained at the end of

Com relação à interação TCC e Acordo de Leniência, se faz necessário que os modelos desses dois instrumentos procurem estabelecer um sistema de custos e benefícios no qual os agentes sejam estimulados a celebrar o Acordo de Leniência como primeira opção, havendo assim a delação do cartel e o acesso a informações e documentos que irão aumentar a probabilidade de condenação dos representados, estimulando-os, dessa forma, a procurar a autoridade antitruste para firmar TCCs com vistas a evitar uma decisão final que lhe seja mais custosa, estabelecendo-se assim um ciclo virtuoso em favor do aumento do grau de detecção e punição dos cartéis.

Para tanto, a despeito de, normalmente, a sanção prevista em um TCC ser mais branda que a de um julgamento, esta não poderá ser reduzida ao ponto de gerar um efeito negativo em relação aos incentivos para os agentes econômicos celebrarem um acordo de leniência.<sup>90</sup>

Fixado essas premissas, na seção seguinte pretende-se analisar a eficiência da política brasileira de TCC a partir da sua relação com o programa de leniência existente, e o seu efeito de dissuasão da prática de cartel na economia.

---

the trial, and the expected costs of a trial. An agreement is likely when both sides substantially agree on the "price" of the offence in light of these factors. A defendant will accept a plea bargain if the fine or dollar equivalent of the punishment imposed under the plea agreement is smaller than or equal to the probability of conviction in the defendant's view times dollar equivalent of punishment imposed after trial plus cost of trial. A prosecutor will accept a guilty plea if the fine or dollar equivalent of the punishment imposed under a plea agreement is greater than the probability of conviction in the prosecutor's view times dollar equivalent of punishment imposed after trial minus the cost of holding the trial." OECD. "Plea bargaining/ settlement of cartel cases", in OECD Series Roundtables on Competition Policy n. 69, (DAF/COMP(2007)38), 2007, p.31. Disponível em: <http://www.oecd.org>.

<sup>90</sup>Conferir ASCIONE, Aurora; MOTTA Massimo. Settlements in Cartel Cases. p. 5: "If the reductions in the penalty attainable via settlements were too high, there could be a negative effect on the incentives to apply for the LP. If the sum of the fine reduction associated with settlement and that associated with the LP is equal to the full immunity, the incentive of being the first undertaking that applies for the LP strongly declines, and with it also the LP efficacy in helping break cartels. In this occurrence the cartel detection rate may decrease since undertakings would prefer to use a "wait and see" strategy instead of competing against each other to be the first applying for the LP." Disponível em: [http://www.barcelonagse.eu/tmp/pdf/motta\\_settlementscartels.pdf](http://www.barcelonagse.eu/tmp/pdf/motta_settlementscartels.pdf)

### **3.4 A Relação entre o Acordo de Leniência e o Termo de Compromisso de Cessão de Prática no Brasil**

Como visto, o acordo de leniência e o termo de compromisso de cessação de prática são dois instrumentos à disposição da autoridade antitruste que podem ser utilizados no combate às condutas anticompetitivas, em especial à conduta de cartel. O primeiro se revela uma ferramenta de investigação que busca, exclusivamente, angariar informações e provas da conduta diretamente de quem a tenha praticado, com o objetivo de realizar uma instrução processual robusta, capaz de levar à condenação dos demais responsáveis pela infração. O segundo se traduz num meio alternativo de solução do processo por meio da celebração de um acordo que permite a imediata e efetiva aplicação da política de concorrência, e, a depender de como for instituído, também pode funcionar como um meio adicional de recolhimento de informações e provas sobre a conduta investigada.

Portanto, esses dois institutos não só podem, como devem funcionar de forma integrada, haja vista a capacidade de complementariedade das suas funções.<sup>91</sup> O acordo de leniência aumenta a probabilidade de detecção e punição dos responsáveis pela prática da conduta investigada, levando-os a celebrar termos de compromissos de cessação em bases menos severas do que a provável condenação que decorreria de uma decisão final do processo, porém em condições de dissuadir a prática da conduta anticompetitiva de forma mais rápida e eficiente.

---

<sup>91</sup> Sobre a uma visão complementar dessas duas políticas se manifestou o Conselheiro Relator Paulo Furquim no seu voto proferido no Requerimento n. 08700.004992/2007-43, relativo ao Processo Administrativo n. 08012.011142/2006-79, p.5: “Deve-se destacar, inicialmente, que a possibilidade de celebração de TCCs em casos de cartel se insere e complementa o programa brasileiro de combate a cartéis. Esta modalidade de acordo deve ser atendida como parte desse programa, a exemplo do acordo de leniência, sendo os benefícios dele resultantes amplificados pelo sucesso na detecção dos cartéis. Ou seja, considerando que o objetivo da autoridade antitruste é maximizar a detecção, punição e prevenção de práticas anticompetitivas, deve ser ponderada qual a combinação ótima da utilização desses dois mecanismos – TCCs e acordos de leniência – de forma que o prejuízo social decorrente das condutas anticompetitivas seja o menor possível.” Disponível em: <http://www.cade.gov.br>

No entanto, há quem afirme que a convivência harmônica desses institutos pode ficar comprometida caso os TCCs sejam celebrados em termos mais brandos que os acordos de leniência, o que resultaria numa prevalência daqueles em relação a estes, tornando-se, portanto, políticas conflitantes.<sup>92</sup> Com base nessa premissa a SDE entende que um TCC só atenderá ao interesse público se este for capaz de preservar o Programa de Leniência, dissuadir futuras práticas lesivas à concorrência, e não criar obstáculos à persecução administrativa e criminal de cartéis e ações de indenização por danos causados por esta prática anticompetitiva.

Para tanto, segundo esse órgão antitruste, se faz necessário a exigência do reconhecimento da participação na prática da infração e a conseqüente colaboração com as investigações, mesmo em casos em que não haja acordo de leniência, pois se assim não for:<sup>93</sup>

(...) uma empresa participante de um cartel teria fortes incentivos para continuar a prática ilícita e, na eventualidade de o Poder Público detectar a conduta por investigação própria e obter provas suficientes para sua condenação, celebrar no início do processo, momento no qual não foi realizada instrução probatória, um TCC sem reconhecimento de participação na prática e sem exigência de colaboração ativa com as investigações.

Os termos dessa política da SDE vão além do que está estabelecido pela atual política de termo de compromisso de cessação de prática regulada pela lei antitruste brasileira e pela Resolução N.º 46 do CADE. Como consequência disso, nos casos em que não há acordo de leniência, nem sempre o CADE tem adotado as sugestões referentes ao reconhecimento de participação na prática

---

92 Conferir *ICN*, op.cit, p. 7: "Some jurisdictions with leniency program that allow for a reduction in fine for second and subsequent applicants questioned what could be gained from a settlement system in their jurisdiction. Enforcers in some of these jurisdictions expressed a concern that if settlement incentives are too high, cartel participants will choose to utilize available settlement systems rather than leniency programs, and settlements would results in a negative effect on the leniency program." Conferir também OECD. "*Plea bargaining/ settlement of cartel cases*", in OECD Series Roundtables on Competition Policy n. 69, (DAF/COMP(2007)38), 2007, p. 9. Disponível em: <http://www.oecd.org>: "competition authorities must seek stiff sanctions in negotiated settlements to protected the effectiveness of their leniency policies and the incentives to be the first firm to disclose the existence of a cartel."

<sup>93</sup> Conferir Nota 22, p. 13.



da conduta e cooperação com as investigações contidas nos pareceres emitidos pela SDE no âmbito dos processos de negociação de TCCs, conforme demonstra a tabela abaixo:

**Tabela 3 – Sugestões da SDE x Exigências dos TCCs nos Casos sem Acordo de Leniência**

Requerimento	Compromissário	Sugestões da SDE	Exigências Contidas no TCC
08700.004221/2007-56	Lafarge Brasil S.A	Confissão de culpa. Legalidade da Busca e Apreensão. Cooperação ativa com a investigação. Contribuição pecuniária  Não criação de obstáculo à persecução criminal e ações privadas de dano	Adoção de Programa de <i>Compliance</i>  Cooperação técnica e acesso às dependências para vistoria pelo CADE, SDE e SEAE  Contribuição pecuniária de R\$ 43.000.000,00
08700.005281/2007-96	Alcan Embalagens do Brasil Ltda. e Marco Ferraroli	Confissão de culpa. Legalidade da Busca e Apreensão. Cooperação ativa com a investigação. Contribuição pecuniária  Não criação de obstáculo à persecução criminal e ações privadas de dano	Adoção de Programa de <i>Compliance</i> (Alcan)  Cooperação técnica e acesso às dependências para vistoria pelo CADE, SDE e SEAE  Contribuição pecuniária de R\$ 24.218.550,57 (Alcan) e R\$ 2.421.855,06 (Marco Ferraroli)
08700.001913/2009-12	Associação de Auto Escolas de Campinas e Oswaldo Radelli Filho	Confissão de culpa pelos compromissários Adoção de Programa de <i>Compliance</i>  Cooperação ativa com a investigação. Contribuição pecuniária	Confissão de culpa pelos dois compromissários  Adoção de Programa de <i>Compliance</i> (Associação)  Cooperação ativa com a investigação.  Contribuição pecuniária de R\$ 26.000,00 (Associação) e 6.000,00 UFIRS (Oswaldo)
08700.002933/2009-	União Brasileira de Avicultura	Confissão de culpa.	Contribuição pecuniária de R\$ 850.000,00 (UBA) e R\$

01	(UBA) e Ariel Mendes	Programa de Compliance  Divulgação eletrônica da Cartilha de Combate a cartéis em Sindicatos e Associações  Contribuição Pecuniária	25.000,00 (Ariel Mendes)  Divulgação eletrônica da Cartilha de Combate a cartéis em Sindicatos e Associações
----	----------------------	---	--

Como é possível perceber, dentre os quatro casos elencados acima, apenas em um o CADE exigiu o reconhecimento da culpa por parte de um dos compromissários (Associação de Auto Escolas de Campinas) como condição para celebração do TCC.<sup>94</sup>

Diante dessa divergência entre esses dois órgãos<sup>95</sup> que, juntamente com a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDP), procurar-se-á verificar a seguir se a atual política de TCC brasileira está prejudicando ou não o programa de leniência, a partir da verificação de se o reconhecimento da culpa deve ser um requisito essencial à celebração de um TCC ou não.

Nesse contexto, será feito uma análise sobre a decisão do réu entre firmar um acordo de leniência, um TCC, ou prosseguir com o litígio até o julgamento, levando-se em consideração os custos e benefícios de cada opção com base no

<sup>94</sup> Deve-se registrar que os TCCs firmados com a JBS S.A, Wesley Batista e Artemio Listoni também se deram após a edição da Lei 11.482/2007, e que em nenhum deles o CADE exigiu o reconhecimento da culpa por parte dos compromissários (vide Tabela 4, p. 71-72). No entanto, esses casos não foram incluídos na tabela, pois não há parecer da SDE disponível em seu site ([www.portal.mj.gov.br/sde](http://www.portal.mj.gov.br/sde)), nem no site do CADE ([www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br)), além do que não há nenhuma menção no voto do conselheiro relator Luis Fernando Shuartz sobre emissão de opinião da SDE acerca das propostas de TCCs referentes a esses casos.

<sup>95</sup> Essa divergência é expressamente afirmada pelo conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado em seu voto proferido no âmbito da proposta de TCC feita pela Alcan Embalagens do Brasil Ltda. e Marco Antonio Ferraroli dos Santos, requerimento n. 08700.005281/2007-96: “Em 2008 a SDE divulgou documento intitulado Política da SDE – Termo de Compromisso de Cessação de Prática em Cartel, esclarecendo sua posição de que (...). O entendimento da SDE sobre o tema tem sido em linhas gerais confirmado nas decisões recentes do CADE com algumas ressalvas. Não há qualquer discordância quanto à necessidade de exigência de culpa no caso de existência de acordo de leniência celebrado com a SDE. Entretanto, nos termos do Artigo 129-G do Regimento do CADE, a exigência de confissão de culpa fica a critério deste Conselho, que tem majoritariamente considerado condições distintas da defendida por aquela secretaria para aprovar os TCCs.” Disponível em <http://www.cade.gov.br>

que prever a Lei Antitruste brasileira (Lei 8884/94), bem como sobre o tratamento dado pela jurisprudência do CADE acerca da exigência ou não do reconhecimento da culpa por parte dos compromissários para a celebração de TCCs em casos de investigação de cartéis que não tenha sido firmado acordo de leniência.

### **3.4.1 Acordo de Leniência x TCC x Julgamento**

Quanto maior for a capacidade da autoridade antitruste em detectar e punir o cartel, e quanto maior for o benefício concedido como contrapartida à celebração de um acordo de leniência, maior será o incentivo à utilização desse instrumento por um dos membros do cartel.

No Brasil o cartel é uma conduta que está sujeita a sanções administrativas e criminais. A Lei Antitruste (Lei 8.884/94) estabelece pena de multa, que poderá ser aplicada em dobro em caso de reincidência, e algumas obrigações de fazer e não fazer, que podem ser adotadas em caso da gravidade da infração, quais sejam: proibição de contratar com o poder público e instituições financeiras oficiais, publicação da decisão condenatória em jornal, inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, e ainda a recomendação aos órgãos públicos competentes para: i) concessão de licença compulsória de patentes de titularidade do infrator; ii) não seja concedido parcelamento de tributos federais por ele devidos, ou cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais e subsídios públicos por ele adquiridos; iii) cisão da sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessão parcial da atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.<sup>96</sup> Já a Lei 8.137/90 tipifica o cartel como crime contra a ordem econômica<sup>97</sup>, e estabelece a pena de reclusão de 02 a 05 anos ou multa, e a Lei 8.666/93 estabelece pena de detenção de 02 a 04 anos e multa para o crime de cartel cometido no âmbito de licitações<sup>98</sup>.

---

<sup>96</sup> Vide arts. 23 e 24 da Lei 8.884/94.

<sup>97</sup> Vide art. 4º, inciso II da Lei 8.137/90.

<sup>98</sup> Vide art. 90 da Lei 8.666/93.

Por meio de um acordo de leniência o agente econômico reconhece a participação na prática da infração e coopera com as investigações em troca do benefício da imunidade administrativa total ou parcial (redução de um a dois terços das penas aplicáveis), e da imunidade criminal.<sup>99</sup>

Por outro lado, o reconhecimento da culpa por parte do leniente o deixa bem vulnerável à reparação de danos a terceiros, já que bastará apenas que estes comprovem a relação de causalidade entre a prática do ato ilícito confessada e o dano sofrido, para assim serem indenizados.

Diante desse cenário, e levando-se em consideração que a capacidade da autoridade antitruste em detectar e punir a conduta seja alta, será mais benéfico ao membro do cartel celebrar um acordo de leniência do que correr o risco de se deparar com uma investigação e, conseqüentemente, enfrentar um julgamento, pois dessa forma afastaria as sanções administrativas (no todo ou em parte) e criminais que estaria sujeito se fosse julgado pelo CADE e pelo Poder Judiciário, respectivamente. E, da mesma forma que no acordo de leniência, a condenação dessas cortes, deixaria o agente econômico vulnerável a reparar os danos causados a terceiros.<sup>100</sup>

Caso a capacidade de detecção e punição da conduta pela autoridade antitruste seja baixa, será mais benéfico para o agente econômico continuar a praticar a conduta ilícita e a se beneficiar das vantagens econômicas decorrente desta, haja vista o baixo risco de se deparar com uma investigação exitosa que leve a uma punição em julgamento.

---

<sup>99</sup> Neste trabalho, sempre que se utilizar a expressão “imunidade criminal” como benefício oriundo da celebração de um acordo de leniência em matéria de cartel no Brasil, estar-se-á falando apenas da imunidade criminal relativa às sanções previstas na Lei 8.137/90.

<sup>100</sup> Deve-se ressaltar que muitas vezes a ameaça de retaliação do cartel a qualquer membro que “quebre o acordo” é tão pesada, que por maior que seja a capacidade da autoridade antitruste detectar e punir essa conduta ilícita, e por mais benefícios que o acordo de leniência possa conferir aos potenciais investigados, ainda sim estes preferem assumir o risco de enfrentar as investigações e litígios do que delatar a organização por meio da celebração de um acordo de leniência. Sendo assim essa análise pressupõe que essa ameaça não existe. Conferir Nota 110, p. 69.

Sendo assim, sob a ótica da autoridade antitruste<sup>101</sup>:

(...) O programa de leniência, amplamente difundido nos principais sistemas de defesa da concorrência no mundo, pressupõe participação do leniente na prática, supostamente ilegal, constituindo-se no *trade-off* entre a extinção da ação punitiva ou a simples redução da pena pela Administração Pública em relação ao administrado, em contrapartida ao fornecimento de provas robustas em face dos demais investigados.

Enquanto que, sob a ótica do agente econômico que está sendo investigado/processado, a leniência visa<sup>102</sup>:

(...) afastar, portanto, os encargos financeiros da punição pelo CADE e penais da punição pelo Judiciário – o denominado *jus puniendi* – por meio da delação premiada. Esse *trade off*, repito, não afasta a ilicitude da sua conduta, que será reprimida nos demais membros do cartel.

Diferentemente do Acordo de Leniência, no TCC o agente econômico se compromete, pelo menos, a cessar a prática da conduta investigada e, em caso de processo relacionado à investigação de cartel, recolher uma contribuição pecuniária ao Fundo de Direitos Difusos e Coletivos, em troca do arquivamento do processo em âmbito administrativo.

Nesse sentido, segundo GRAU e FORGIONI, o TCC<sup>103</sup>:

(...) instrumenta a celebração de acordo entre a Administração e o agente econômico ao qual foi imputada a prática de infração tipificada no art. 20 da Lei 8.884, de 1994. Por força desse acordo (i) a Administração abre mão do prosseguimento do Processo Administrativo (e, pois, da penalização do agente), enquanto estiverem sendo cumpridos os termos do compromisso e (ii) o administrado compromete-se a fazer cessar imediatamente a prática, sem confessar matéria de fato ou reconhecer eventual ilicitude.”

Portanto, segundo o modelo brasileiro, o TCC não é um instrumento de delação premiada, e, assim, não tem a função de colher provas sobre a prática

---

<sup>101</sup>Voto do Conselheiro Relator Luis Carlos Delorme Prado em relação ao TCC objeto do requerimento n. 08700.005281/2007-96, p.2. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>

<sup>102</sup>Voto do Conselheiro Relator Luis Carlos Delorme Prado em relação ao TCC objeto do requerimento n. 08700.005281/2007-96, p.2. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>

<sup>103</sup> GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. *Compromisso de Cessação e Compromisso de Desempenho na Lei Antitruste Brasileira*. In: GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. (Org.). *O Estado, A Empresa e o Contrato*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.232-233.

investigada, sendo manifestamente um meio alternativo de solução de controvérsia que possibilita a execução imediata das obrigações contidas no acordo firmado entre o agente econômico e autoridade antitruste com vistas ao restabelecimento imediato da concorrência no mercado afetado, e a conseqüente economia de recursos.

Essa sempre foi a função precípua desse instituto jurídico desde a sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro, conforme nota-se das lições da conselheira relatora Neide Teresinha Malard explicitadas no seu voto proferido no TCC celebrado no caso do cartel dos processadores de suco de laranja<sup>104</sup>:

A Lei 8.884/94 trouxe, no entanto, a inovação esperada. Prevê expressamente em seu art. 53 o compromisso de cessação e declara não importar ele confissão quanto à matéria de fato e nem reconhecimento da ilicitude da conduta. (...) O compromisso de cessação é um dos instrumentos mais eficazes na política de proteção do mercado, e tem por objetivo a imediata restauração da concorrência, sem as delongas do processo administrativo, poupadas as *démarches* das ações judiciais. Ao comprometer-se a cessar a prática ou abster-se de condutas anticoncorrenciais tem direito o agente a que o processo fique suspenso e, finalmente, dando mostra de que se comportou de acordo com os padrões concorrenciais, será o processo arquivado. Ao contrário, se descumprir o acordo, o processo seguirá. (...) Discrepa das formas normais de por termo ao processo administrativo – arquivamento ou condenação – em função de uma realidade econômica a exigir uma solução imediata, da qual se beneficia toda a coletividade. Ganha maior relevo à medida em que os resultados almejados pelos mecanismos repressores levam tempo e nem sempre se concretizam.

Ademais, essa experiência de solução conciliatória já era familiar à Administração Pública. Esta, no exercício do seu poder administrativo de polícia e no âmbito de demandas judiciais pode celebrar com o administrado Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), buscando de imediato a cessação da suposta prática ilícita ou a sua adequação aos padrões de legalidade, sem que haja a necessidade do reconhecimento de culpa. O que a Lei 8.884/94 fez foi trazer

---

<sup>104</sup> Voto da conselheira relatora Neide Teresinha Malard em relação ao TCC objeto do processo administrativo n. 08000.012720/94-74, p.15-16. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>

para a defesa da concorrência um instrumento similar, cuja utilização fica a critério do juízo de conveniência e oportunidade do CADE.<sup>105</sup>

Sendo assim, levando-se em consideração as características e função do TCC, este instrumento só será interessante para o agente econômico se o custo da multa esperada de um julgamento, das despesas com a gestão do processo, e do risco de uma decisão incerta for maior do que a contribuição pecuniária e as obrigações de fazer previstas no acordo. De outro lado, só será conveniente e oportuno ao CADE celebrar o TCC se por meio deste for possível dissuadir a conduta sob investigação de forma imediata, evitando-se o dispêndio de recursos com a investigação e processo judicial, principalmente nos casos em que não haja provas e evidências capazes de caracterizar a infração, o que eliminaria também a incerteza de uma condenação, tudo isso em prol da maximização do *enforcement* da política de concorrência.<sup>106</sup>

Logo, esse instrumento de política antitruste<sup>107</sup>:

(...) representa um *trade-off* entre a probabilidade de condenação e o interesse do administrado em afastar as despesas, inconvenientes e

---

<sup>105</sup> Sobre a semelhança entre o TCC e o TAC conferir DOS SANTOS, Jerônimo Jesus. Termo de Ajustamento de Conduta. Rio de Janeiro: Livraria Jurídica do Rio de Janeiro, 2006, p 49: “O TAC aparece na seara da defesa da ordem econômica como compromisso de desempenho e como compromisso de cessação de prática. Este último está regulado no art. 53 da Lei 8.884, de 1994”.

<sup>106</sup> Nesse sentido se manifestou o conselheiro relator Paulo Furquim no seu voto proferido no Requerimento n. 08700.004992/2007-43 proposto pela Cimpor Cimentos do Brasil Ltda., relativo ao Processo Administrativo n. 08012.011142/2006-79, p. 11-12: “Com a finalidade de se avaliar a adequação de um TCC, é necessário considerar os objetivos que movem as partes no desenho desse acordo. Como usualmente assumido na teoria econômica, é razoável admitir que as representadas escolham a alternativa (e.g assinatura de um TCC *vis a vis* a continuidade do processo) que lhe proporcione o maior retorno, levando-se em conta a multa esperada, contribuição pecuniária ao fundo de direitos difusos, obrigações de fazer, custos diversos do carregamento do processo e seu grau de aversão ao risco. O objetivo da autoridade antitruste é o *enforcement* da política de defesa da concorrência, tal como definida na legislação que a disciplina, a mesma que confere vida e propósito a autoridade antitruste. Entende-se como *enforcement* da política de defesa da concorrência a sua capacidade de restringir e orientar comportamentos dos administrados, mais especificamente cobrir condutas e atos de concentração com potencial lesivo à concorrência e ao bem estar social e do consumidor. Esta é a métrica que deve ser utilizada para se avaliar as condições da transação e o que se entende por “juízo e oportunidade” que deve seguir o Conselho em sua avaliação de propostas de TCC.” Disponível em <http://www.cade.gov.br>

<sup>107</sup> Voto do conselheiro relator Luis Carlos Delorme Prado em relação ao TCC objeto do requerimento n. 08700.005281/2007-96, p.2. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>

riscos presentes em um julgamento por suposto ilícito contra a ordem econômica. Por parte da administração, representa uma escolha entre a condenação incerta e também a contingente e demorada confirmação pelo Judiciário em oposição ao pronto estabelecimento de programas de educação e obediência pelo administrado, e, em casos de cartel, ao recolhimento adicional de ônus pecuniário não trivial.

Diante dessa natureza conciliatória do TCC, não faz sentido, *a priori*, estabelecer o reconhecimento da culpa como um requisito essencial à sua celebração. Do contrário esse instituto provavelmente seria subutilizado, pois o custo para o réu celebrar um TCC seria maior do que o benefício auferido, já que se por um lado ele economizaria recursos que seriam desembolsados com a sua defesa no processo até o julgamento e com o pagamento de uma multa em valor esperado maior do que o valor da contribuição pecuniária negociada com o CADE, por outro lado ele ficaria extremamente vulnerável não apenas a indenização de terceiros, mas também, e, sobretudo, a sanções criminais, sendo melhor então, continuar a litigar em sede administrativa e judicial e exercer de forma plena o seu direito ao contraditório.<sup>108</sup>

Nesse sentido, o reconhecimento da participação na prática da infração pelo compromissário só é exigido para a celebração de TCCs nos casos em que haja acordo de leniência previamente firmado. Essa medida visou preservar esta ferramenta de investigação, muito útil no combate a cartéis, já que se impede assim que o compromissário tenha um tratamento mais benéfico que o leniente, mantendo-se o incentivo da “corrida para o acordo de leniência”.<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> Nesse sentido conferir FERRARI, Eduardo Reale. Termos de compromisso de cessação (TCC) e seus reflexos no crime de cartel. Boletim IBCCRIM n. 190 – Setembro / 2008, p. 2: “A nosso ver, imprópria é a exigência por meio do termo “confissão” ou “participação na prática do fato” como requisito para qualquer condição para a assinatura do TCC, colocando em xeque a própria eficácia do relevantíssimo instituto do TCC, vez que ao condicionar sua aceitação ao reconhecimento da existência e participação dos fatos considerados como prática de cartel, em face da absurda independência criminal e administrativa, difícil se torna a resolução dos conflitos, por meio da mediação, não se podendo abrir mão de tão importante instituto, sob pena de indefinido procedimento administrativo, assim como de inúmeros e morosos questionamentos jurisdicionais, devendo se fomentar a resolução do conflito de forma bilateral, com base na lei e preferencialmente fora do âmbito jurisdicional, já tão atolado de processos administrativos.”

<sup>109</sup> Deve-se ressaltar aqui que, conforme já exposto neste trabalho, a possibilidade de celebração de TCC em casos de investigação de cartel foi vedada com a inserção do acordo de leniência no ordenamento jurídico brasileiro, através da Lei 10.149/2000, só vindo a



De outro lado, visando preservar a plena utilização do TCC no âmbito da política de defesa da concorrência, e, inclusive, no combate aos cartéis, nos demais casos deixou-se ao juízo discricionário do CADE a exigência ou não desse requisito.

Não há dúvidas de que, assim como no acordo de leniência, o reconhecimento da culpa por parte de um membro do cartel em um TCC teria a capacidade potencial de elevar o efeito dissuasório dessa prática anticompetitiva, na medida em que esse ato poderia implicar na desestabilização da organização colusiva. Contudo, esse ato, muitas vezes, representa um custo muito alto para os potenciais compromissários, seja por anular um dos principais benefícios que poderiam auferir, qual seja evitar repercussões de uma condenação administrativa pela prática de cartel na esfera civil e criminal, seja por ficarem sujeitos à punição por parte do cartel.<sup>110</sup>

Partindo dessas premissas e dos benefícios decorrentes da celebração de um acordo de leniência e de um TCC, o ex - conselheiro do CADE Paulo Furquim, no seu voto proferido no caso do requerimento da proposta do TCC apresentado pela Cimpor Cimentos do Brasil Ltda.<sup>111</sup>, demonstra que dentre os participantes

---

restabelecer-se com a edição da Lei 11.482/2007, e, além disso, a regulação da exigência da confissão de culpa nesse instrumento foi feita pela Resolução n. 46 do CADE.

<sup>110</sup> Conforme ressaltou o conselheiro relator Paulo Furquim em seu voto proferido no Requerimento n. 08700.004992/2007-43, relativo ao Processo Administrativo n. 08012.011142/2006-79, p. 17: "(...) De um lado a exigência do reconhecimento de culpa é desejável por potencialmente elevar o efeito dissuasório da prática, principalmente se tal ato implicar a destruição relações de confiança entre pessoas formadoras do cartel. De outro, custos de reconhecimento da prática usualmente são muito variáveis entre os representados, em especial, em cartéis *hard-core*, que, como um acordo informal, necessita para o seu funcionamento, de mecanismos de punição à defecção, que muitas vezes ultrapassam a retaliação puramente econômica. Tais custos podem ser mais elevados do que os de uma condenação, como sugere o fato de diversos casos de cartel *hard-core* não contarem com acordos de leniência. Em outras palavras, nesses casos, nem o maior dos prêmios, a extinção da punibilidade administrativa e penal, é suficiente para atrair potenciais beneficiários de um acordo de leniência. Quando isso ocorre, qualquer acordo entre administrado e Administração que implique reconhecimento de culpa, seja TCC seja acordo de leniência não conta com a adesão do representado, sendo, portanto, inviável." Disponível em: <http://www.cade.gov.br>

<sup>111</sup> Neste caso o conselheiro relator concluiu pela não celebração do TCC. Um dos motivos alegados foi o baixo valor da contribuição pecuniária proposta pela compromissária, já havendo, inclusive, precedente de TCC celebrado no mesmo processo administrativo com o recolhimento de contribuição pecuniária em valor mais elevado, respeitando-se assim o critério do momento da propositura do acordo para a fixação deste montante.

de um cartel, poderá haver aqueles dispostos a reconhecer a participação na prática e colaborar com as investigações em troca de benefícios, e, portanto, são potenciais demandantes de um acordo de leniência tendo em vista que essa modalidade de acordo é a que oferece a extinção da punibilidade mais ampla, assim como poderá haver aqueles para quem esse ato represente um custo muito elevado, e assim não estejam dispostos a praticá-lo.

Em sendo assim, na hipótese de que o requerimento do TCC seja oriundo de um processo sem acordo de leniência, há uma relevante possibilidade de que o requerente não está disposto a confessar a culpa e colaborar com as investigações, pois do contrário teria celebrado um acordo de leniência e se beneficiado da imunidade administrativa e criminal. Seguindo com o seu raciocínio, conclui o ex - conselheiro<sup>112</sup>:

Nesses casos, oferecer um único desenho de contrato às representadas significaria evidente subutilização do instituto do TCC, e, portanto, a renúncia aos “substanciais benefícios [decorrentes do encerramento de investigações] para a Administração Pública, para a sociedade e para o investigado”. Um possível contrato único decorria de apenas aceitar TCCs com obrigatoriedade de confissão de culpa. Como parte substancial das representadas pode ter custos relacionados à confissão de culpa excessivamente altos (i.e  $X_L + Y_L > X_P + C_P$ ), tal imposição iria eliminar a possibilidade de esse grupo celebrar TCCs, e, portanto, abdicar da realização dos ganhos sociais envolvidos nesse tipo de acordo. Em outro extremo, não abrir a possibilidade de transacionar a confissão de culpa e colaboração nas investigações significaria abdicar de benefícios relacionados à ampliação da probabilidade de detecção de ilícitos de terceiros.

Evidências empíricas corroboram essa análise, pois conforme ilustrado na Tabela 4 abaixo, entre os anos de 2007 e 2010 foram celebrados 7 TCCs em casos de cartel onde não havia acordo de leniência, sendo que apenas em um deles, o caso da Associação das Auto Escolas de Campinas, houve a admissão de culpa por parte dos compromissários.

---

<sup>112</sup> Voto proferido no Requerimento n. 08700.004992/2007-43, relativo ao Processo Administrativo n. 08012.011142/2006-79, p. 18-19. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>

**Tabela 4 –TCCs Celebrados em Casos de Cartel sem Acordo de Leniência  
2007/2010**

<b>Requerimento</b>	<b>Compromissário</b>	<b>Momento da Proposição do TCC</b>	<b>Exigências Contidas no TCC</b>	<b>Data da Celebração do TCC</b>
08012.002493/2005-16	JBS S.A	Logo após a instauração do processo.	Adoção de Programa de <i>Compliance</i>  Contribuição pecuniária de R\$ 13.761.944,44 (aprox. 2,47% do faturamento bruto da empresa)	28.11.2007
08012.002493/2005-16	Wesley Batista	Logo após a instauração do processo.	Contribuição pecuniária de R\$ 1.376.194,44 (10% do valor da contribuição da JBS)	28.11.2007
08012.002493/2005-16	Artemio Listoni	Logo após a instauração do processo.	Contribuição pecuniária de R\$ 6.384,60	28.11.2007
08700.004221/2007-56	Lafarge Brasil S.A	Logo após a instauração do processo.	Adoção de Programa de <i>Compliance</i>  Cooperação técnica e acesso às dependências para vistoria pelo CADE, SDE e SEAE  Contribuição pecuniária de R\$ 43.000.000,00 (aprox. 10,40% do faturamento bruto da empresa)	28.11.2007
08700.005281/2007-96	Alcan Embalagens do Brasil Ltda. e Marco Ferraroli	Logo após a instauração do processo.	Adoção de Programa de <i>Compliance</i> (Alcan)  Cooperação técnica e acesso às dependências para vistoria pelo CADE, SDE e SEAE  Contribuição pecuniária de R\$ 24.218.550,57 (Alcan – aprox. 10% do seu faturamento bruto) e R\$ 2.421.855,06 (Marco Ferraroli – 10% do valor da	23.07.2008

			contribuição da Alcan)	
08700.001913/2009-12	Associação de Auto Escolas de Campinas e Oswaldo Radelli Filho	Após a instrução do processo.	Confissão de culpa pelos dois compromissários Adoção de Programa de <i>Compliance</i> (Associação) Cooperação ativa com a investigação. Contribuição pecuniária de R\$ 26.000,00 (Associação) e 6.000,00 UFIRS (Oswaldo)	07.10.2009
08700.002933/2009-01	União Brasileira de Avicultura (UBA) e Ariel Mendes	Após a instrução do processo.	Contribuição pecuniária de R\$ 850.000,00 (UBA – 31% da sua arrecadação) e R\$ 25.000,00 (Ariel Mendes ) Divulgação eletrônica da Cartilha de Combate a cartéis em Sindicatos e Associações	09.06.2010

Este caso, em que houve a admissão da culpa, não tratava especificamente de investigação pela suposta prática de cartelização no mercado, em especial a prevista no art. 21, I da Lei 8.884/94, mas sim pela suposta prática de influenciar a adoção de conduta uniforme (art. 21,II da Lei 8.884/94), já que tratava-se de processo administrativo:

(...) instaurado em face da Associação das Auto Escolas e Centro de Formação de Condutores de Campinas e Região (“Associação”) e o Senhor Oswaldo Radelli Filho em função de indícios de que o citado sindicato impunha preços aos Centros Formadores de Condutores do município de Campinas pelo tabelamento de preços mínimos.

Diante das evidências contidas nos autos sobre a prática recorrente do tabelamento de preços no mercado nacional de Auto Escolas/CFCs e os seus

efeitos danosos à concorrência<sup>113</sup>, o conselheiro relator César Mattos procurou, por meio da celebração do TCC, não apenas reprimir a conduta praticada pelos compromissários, mas também, e, sobretudo, promover uma ação mais ampla de dissuasão dessa conduta, conforme ressaltou em seu voto<sup>114</sup>:

O propósito do encaminhamento da presente minuta de TCC, contudo, vai além da coleta de informações a respeito de infrações ocorridas alhures (centro nevrálgico da delação premiada) ou do estabelecimento de um programa de *compliance incidenter tantum* a que seriam submetidos, tão somente, a Associação e seu dirigente representados *in casu* (objeto de um TCC que não se ocupe de promover a advocacia da concorrência). Reside, sim, propriamente em: (i) difundir a ilicitude do efetivo tabelamento de preços em setor não regulado, (ii) alardear a sociedade dos efeitos deletérios da fixação artificial de preços sobre a ordem econômica e (iii) incentivar tanto o monitoramento do mercado pelos consumidores e sociedade como um todo, como o contato de possíveis infratores com a SDE, com o objetivo de que se transija para a possível celebração de compromissos análogos dentro de um período de tempo não muito longo. O CADE não só vê com bons olhos, como

---

<sup>113</sup> Conforme relato do conselheiro no seu Voto proferido no Requerimento n. 08700.001913/2009-12 relativo ao Processo Administrativo n. 08012.007238/2006-32, p. 39: “De toda sorte, a SDE avaliou, mais concretamente, neste caso, a possibilidade de os preços formalmente sugeridos lograrem influenciar os agentes de mercado, de tal modo a se provar um resultado, ainda que no curto prazo, danoso ao consumidor. Além de mostrar que os preços efetivos das auto-escolas estavam dentro de um intervalo razoavelmente pequeno, conforme tabela 1, a análise gráfica dos preços por empresa, do preço médio e do desvio padrão no mercado de CFCs de Campinas, no período que sucede a divulgação da tabela, é consistente com um comportamento de cartel.” Mais adiante ressalta, na p. 44: “Ante as provas juntadas aos autos, em especial os anexos à petição junta pelos representados às fls. 1415/1480, parece-me clara a difusão da prática de tabelamento de preços por sindicatos e associações em todo o Brasil e, antes, o desconhecimento dos efeitos benéficos da concorrência – um dos pilares da advocacia da concorrência. É bastante ilustrativo, nesse sentido, o excerto abaixo, retirado da cartilha de Apuração de Custos e Formação de Preços para Centros de Formação de Condutores do Sindicato das Auto e Moto Escolas e Centro de Formação de Condutores no Estado de São Paulo: “TABELA DE PREÇOS X OBJETIVO DO SINDICATO – O Sindicato das Auto e Moto Escolas e Centro de Formação de Condutores no Estado de São Paulo por vários anos elaborou e publicou a Tabela de Preços que tinha como objetivo fixar um valor onde todas as Auto Escolas/CFCs do Estado deveriam se pautar, entretanto, com o passar dos anos percebemos que a Tabela de Preço dos Sindicatos servia apenas e tão somente como figura decorativa, e, o pior, era usada como referência para cobrar bem abaixo da Tabela. Nesse sentido, a Diretoria do Sindica entendeu ser mais conveniente a elaboração de um material técnico e didático, onde o mesmo oferecesse às Auto Escolas/CFCs do Estado de São Paulo o real custo de nossos serviços, com a intenção de que a partir daí, sensibilizados, houvesse uma reflexão e conscientização dos Proprietários de Auto Escolas/CFCs quanto à fixação dos Honorários Profissionais, não queremos com isso, formar uma nova tabela de honorários, nem mesmo um cartel, queremos sim acabar com essa concorrência predatória e nociva que afeta e prejudica todas as Auto Escolas/CFCs do Estado de São Paulo. A DIRETORIA” (grifos nossos)” Disponível em: <http://www.cade.gov.br>

<sup>114</sup> Voto proferido no Requerimento n. 08700.001913/2009-12 relativo ao Processo Administrativo n. 08012.007238/2006-32. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>

aguarda o comparecimento espontâneo de qualquer interessado que constatar estar praticando condutas similares, para celebrar acordos congêneres. Antes, almeja, com a celebração do presente instrumento, dar início a um período de campanha maciça pelo comparecimento de interessados em enquadrar-se nos parâmetros ditados pelo art. 170 da Constituição Federal c/c a Lei 8.884/94, que completa 15 anos – campanha essa que será fomentada pelo SBDC, mas implementada pelos próprios compromissários, que deverão assumir compromissos de trabalhar ativamente na conscientização dos atores presentes nesse mercado (a já citada *compliance*). Esse trabalho incluirá interação junto às associações e associados, mas também junto aos órgãos de trânsito e entidades próximas dos *players*, como o próprio SEBRAE, que tendem a perpetuar o aprendizado que ora se inicia.

Para tanto, além de propor medidas para cessar de imediato a infração à ordem econômica, o conselheiro relator entendeu por bem dotar o TCC de uma carga educativa, através da imposição da adoção de programa de *compliance* consistente na promoção de palestras e divulgação de materiais informativos aos agentes envolvidos no mercado afetado, dentre os quais a cartilha “Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações” elaborada pela SDE e o próprio TCC, assim como exigir dos compromissários a colaboração com as autoridades do SBDC na investigação de prática anticoncorrencial no mercado sob análise, e o reconhecimento da culpa pela prática da infração.

Diferentemente da prática de cartel, em que os agentes econômicos têm plena consciência de que estão cometendo um ilícito administrativo e penal, no caso supra, a despeito de restar configurada a prática de tabelamento de preços, inclusive por admissão dos próprios representados<sup>115</sup>, havia evidência de que o caráter ilícito desta conduta não era de plena consciência das entidades de representação de classe deste mercado.<sup>116</sup>

Diante desse cenário, o reconhecimento da prática da infração à ordem econômica por parte dos compromissários revelou-se um requisito fundamental

---

<sup>115</sup>Conforme relato do conselheiro no seu voto proferido no Requerimento n. 08700.001913/2009-12 relativo ao Processo Administrativo n. 08012.007238/2006-32, p. 39: “(...) De qualquer forma no caso em tela, os representados assumem a autoria da tabela, embora rejeitem o seu efeito vinculativo – o que já constitui elemento suficiente para uma condenação pela regra *per se* tradicional.” Disponível em: <http://www.cade.gov.br>

<sup>116</sup>Vide Nota 113, p. 73.

para possibilitar a consecução dos objetivos almejados pelo conselheiro relator com a celebração do TCC, notadamente, a difusão da ilicitude do efetivo tabelamento de preços em setor não regulado.<sup>117</sup>

Nos outros 6 TCCs, a despeito de não ter havido a confissão de culpa por parte dos compromissários, estes foram celebrados com o estabelecimento de outras medidas capazes de dissuadir a conduta investigada, tais com os programas de *compliance* para empresas, cooperação técnica com as investigações em curso<sup>118</sup>, e o recolhimento de contribuições pecuniárias em valores relativamente

---

<sup>117</sup> Essa conclusão não está explicitada nas razões do voto do conselheiro relator. No entanto, por uma questão de lógica, não faz sentido a promoção de uma campanha educativa sobre a ilicitude de uma determinada conduta por quem a praticou, se esta não reconhece a ilicitude desse comportamento. Ademais, a proposta inicial apresentada pelos compromissários, e que foi refutada pela comissão de negociação, sugeria o reconhecimento da ilicitude da conduta de elaboração de tabelas de preços no setor de auto-escolas, porém afirmava que o TCC não importava a admissão ou confissão quanto a (i) violação da lei ou (ii) qualquer questão de fato ou de direito. Assim a minuta final contemplou o reconhecimento da prática como infração a ordem econômica. Conferir trecho do voto, p. 46-47: “Conforme consta do anexo relatório que me foi endereçado pela Comissão Técnica de Negociação *ad hoc* (a “Comissão”), constavam da proposta apresentada pelos representados: Reconhecimento da ilicitude da conduta de elaboração de tabelas de preços no setor de auto-escolas; (...) No mesmo instrumento constava, contudo, que o TCC não importava a admissão ou confissão quanto a (i) violação da lei ou (ii) qualquer questão de fato ou de direito (cláusulas 1.3 à 1.5 da proposta dos representados) – no que a proposta colidia com as diretrizes de negociação da Comissão, segundo as quais deveriam estar presentes concomitantemente: (i) o reconhecimento dos fatos; (ii) a obrigação de cessar a prática investigada, (iii) compromisso de cooperação com as autoridades do SBDC na investigação e análise de práticas anticoncorrenciais nos mercados relevantes; (iv) compromisso de promover um plano educativo de advocacia da concorrência e (v) prazo de vigência do TCC em 24 meses, contados a partir de sua assinatura. Nesse sentido as negociações foram paulatinamente, ajustando a proposta inicial aos critérios de adequação da Comissão, ampliando-se o programa de *compliance* paralelamente à adequação da contribuição pecuniária aos seguintes critérios: (i) gravidade da conduta; (ii) comportamento dos representados durante a investigação e negociação; (iii) colaboração efetiva e potencial no presente caso e em situações futuras análogas; **(iv) reconhecimento de que os atos praticados constituem infração à ordem econômica;** (v) fase do processo em que foi apresentada a proposta do TCC; (v) probabilidade de condenação; (vi) obrigações assumidas no plano educativo proposto; (vii) situação econômico-financeira.” Disponível em: <http://www.cade.gov.br>

<sup>118</sup> É de se esperar que na medida em que o agente econômico não se disponha a reconhecer a culpa pela prática da infração, ele também evite se comprometer a colaborar com as investigações de forma ampla. Isto porque no exercício da sua cooperação ele pode ser chamado a se manifestar sobre fatos e documentos que podem, eventualmente, atestar a sua participação no cartel. A tabela 4 evidencia essa lógica. Dos 7 TCCs celebrados sem acordo de leniência, apenas em um os representados se comprometeram a cooperar de forma ampla com as investigações, que foi justamente o caso da Associação das Auto Escolas de Campinas, em que eles também admitiram a culpa. Dos outros 6 TCCs, 4 não tiveram nenhum compromisso de cooperação com a autoridade antitruste, e em 2 os representados se comprometeram a prestar colaboração técnica, que se restringe a esclarecer informações sobre o funcionamento dos

elevados se comparados com a média dos valores das multas estabelecidas pelo CADE nos julgamentos de casos de cartel.<sup>119</sup>

Inclusive, a transação realizada por meio do TCC celebrado no caso da União Brasileira de Avicultura demonstrou que em algumas situações, pode ser mais conveniente e oportuno para a Administração Pública barganhar a confissão de culpa por outros elementos que surtam mais efeitos em relação à dissuasão da prática, conforme relatou no seu voto o conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo<sup>120</sup>:

Não há que se olvidar que a exigência de confissão (reconhecimento de ilicitude), por parte da Administração Pública significa no mais das vezes concessões em outros aspectos do acordo, sob pena de transformação deste em um cenário mais prejudicial aos requerentes do que uma eventual condenação. De fato, o valor proposto a título de contribuição pecuniária, por se enquadrar nos cenários prováveis de condenação, confere a presente proposta características peculiares. A imposição de confissão de culpa representaria, neste caso, um cenário mais gravoso que a própria condenação, podendo representar violação ao princípio da

---

mercados, sem adentrar em questões ligadas aos fatos e documentos relacionados ao cartel constantes das investigações.

<sup>119</sup> Em média, as multas aplicadas pelo CADE nas condenações em casos de cartel tem variado de 15% a 20% do faturamento bruto da empresa. Conferir Requerimento n. 08700.004221/2007-56 referente ao Processo Administrativo n. 08012.011142/2006-79, p. 3. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Apesar da preocupação com a viabilidade do êxito nas ações de reparação de danos por parte de terceiros, a OCDE reconhece a possibilidade barganhar o reconhecimento da culpa por uma contribuição pecuniária em valor elevado, devendo a autoridade antitruste adotar a estratégia que melhor sirva ao objetivo de maximizar a dissuasão da prática ilícita: “while in certain jurisdictions such as the United States a negotiated settlement will always include a defendant’s admission of guilt that could be used as evidence in private follow-on litigation, in certain other jurisdiction the competition authority agrees to settle without a guilt plea, it can extract a higher fine. But that case might be the worst outcome for private litigants because they Will end up without a formal decision finding liability and without a settlement admitting liability. That outcome might deprive at least some private litigants of the only realistic opportunity to bring an action against cartel members at reasonable costs. Without the evidence from a competition authority decision based on a settlement with guilty plea, they might find it too burdensome and risky to establish a full case in civil litigation. Conversely, if the competition authority insists on a guilty plea, it may have to lower the fine it can obtain in a settlement. Which solution a competition authority prefers should ideally be determined by the goal of maximizing overall deterrence. A lower fine in plea agreement as a price to ‘buy’ a guilt plea might be justified if the guilty plea makes civil litigation more likely and litigation can lead to fines that exceed the discount granted in the plea agreement.” OECD. *Plea bargaining/ Settlement of cartel cases. In OECD Series Roundtables on Competition Policy n. 69 (DAF/COMP (2007)/38) 2007*. Disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>120</sup> Conferir voto proferido no Requerimento n. 08700.002933/2009-01 referente ao Processo Administrativo n. 08012.003623/2009-53, p. 18. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>



proporcionalidade, sobretudo diante das demais obrigações constantes da proposta, tais como a obrigação voluntária de cessação da conduta e a divulgação de informações relacionadas ao desenvolvimento da política de defesa da concorrência do país (por meio da Cartilha de Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações). Não há que se esquecer que, por conta do acordo, os proponentes abriram mão de discutir a legalidade tanto no âmbito administrativo, como no judiciário. Mas não é só. Em geral, parte do benefício oriundo de uma confissão de culpa refere-se ao ganho probatório em relação aos demais investigados, conferindo à administração pública elementos contundentes contra os demais representados, revestindo de maior robustez o conjunto probatório necessário a uma eventual condenação. Nessas circunstâncias, o reconhecimento involuntário de ilicitude pode se transformar em questão fundamental a fim de que o plenário do CADE entenda pela conveniência e oportunidade de um acordo administrativo, restando claros os benefícios para a Administração Pública. Esse, no entanto, não é o caso ora *subjudice*. Os proponentes deste TCC representam a totalidade do pólo passivo do Processo Administrativo nº 08012.003623/2009-53, o que significa, que devidamente cumprido, o presente acordo representará a cessação garantida da conduta, o arquivamento do referido processo e a redução de custos pós-decisão do CADE, que envolvem desde a cobrança do cumprimento das obrigações constantes em eventual condenação até discussões judiciais diversas. Nesse cenário, o reconhecimento voluntário (ausente um prévio acordo de leniência) pode não apresentar benefícios para a Administração Pública que justifiquem uma compensação, (ao não produzir qualquer efeito intraprocessual, por não haver outros representados) (...).

Ademais, é importante ressaltar que a celebração de um TCC sem reconhecimento de culpa não confere ao compromissário imunidade criminal e civil. Apenas, para que ele seja responsabilizado nessas esferas será necessário que se comprove que o mesmo praticou a infração à ordem econômica.

A análise desses casos demonstra que na persecução da maximização do *enforcement* da política de concorrência, um TCC celebrado em processos onde não haja acordo de leniência poderá ganhar diversas formas. Diante disso, o CADE deve analisar o caso concreto e definir quais os requisitos disponíveis (confissão de culpa, programa de *compliance*, colaboração com as investigações, valor elevado ou reduzido da contribuição pecuniária, etc.), devem ser exigidos dos compromissários para se atingir o acordo mais conveniente e oportuno.

E, conforme visto, nesse contexto a confissão de culpa poderá se revelar fundamental, como no caso da Associação das Auto Escolas de Campinas, ou não, como no caso da União Brasileira de Avicultura.

Portanto, admitir a exigência indiscriminada da confissão de culpa e conseqüente colaboração com as investigações como requisitos para a celebração de TCCs em caso de cartéis clássicos, como propõe a SDE, seria reduzir esse instrumento à utilização apenas como um segundo acordo de leniência, nos moldes do *plea agreement* norte-americano.

Isso geraria um prejuízo à política de combate a cartel brasileira, na medida em que em situações onde o acordo de leniência não seria celebrado independentemente da possibilidade de se firmar um TCC, a autoridade antitruste não iria poder se valer desse meio de solução alternativa para por fim ao processo e possibilitar a dissuasão do cartel de forma eficiente, com a economia de custos sociais.

Vale lembrar que em situações nas quais a capacidade de detecção e punição do cartel da autoridade antitruste for baixa, o agente econômico não é incentivado a celebrar um acordo de leniência. Nesse contexto, o TCC poderia funcionar como uma solução interessante para ambas as partes, já que viabilizaria a cessação da suposta prática investigada, eliminaria as incertezas de uma condenação, e economizaria os recursos que seriam aplicados na gestão do processo em âmbito administrativo e judicial.

Diante disso, preferiu o legislador brasileiro e o CADE adotar um modelo de acordo em matéria antitruste mais flexível, no qual é possível transacionar com os compromissários a confissão de culpa nos casos de cartel em que não haja acordo de leniência.

Esse modelo se adéqua melhor ao ambiente institucional brasileiro marcado por um judiciário moroso que acaba por gerar elevados custos para a implementação de uma decisão administrativa proferida pelo CADE, e no qual

este órgão antitruste, diferentemente do que ocorre com as autoridades de defesa da concorrência norte-americanas, não possui competência para transacionar as sanções penais aplicáveis ao crime de cartel em troca da confissão de culpa e colaboração com as investigações dos compromissários nos TCCs.

Com isso, a regulação da política de TCC não só preservou a política de leniência já existente, como possibilitou que ambas atuem de forma integrada e eficiente em prol da dissuasão da prática de cartel no Brasil. Isso fica evidente na medida em que é possível constatar no período compreendido entre o ano de 2007 a 2010, a existência de acordo de leniência e TCCs firmados no âmbito do mesmo processo, como foi o caso do cartel dos compressores e o caso do cartel das mangueiras marítimas, a existência de TCCs firmados sem confissão de culpa e, portanto, celebrados em processos sem acordo de leniência, como foram os casos da JBS S.A, Wesley Batista, Artemio Listoni, Lafarge, Alcan, e União Brasileira de Avicultura, e a existência de TCC celebrado com confissão de culpa mesmo em processo em que não havia acordo de leniência firmado, como foi o caso da Associação das Auto Escolas de Campinas.

Além disso, os números de acordos de leniência celebrados até o ano de 2010 fornecidos pela SDE demonstram que esse instrumento tem sido cada vez mais procurado pelos agentes econômicos, sobretudo de julho de 2008 a dezembro de 2010, já que do total de 20 acordos, 10 ocorreram no referido período.<sup>121</sup>

---

<sup>121</sup> Segundo a 2ª edição da cartilha da SDE “Combate a Cartéis e Programa de Leniência”, 2008, p. 15, até o mês de julho de 2008 foram celebrados 10 acordos de leniência, sendo que o primeiro foi celebrado no ano de 2003. Segundo a 3ª edição desta cartilha, 2009, p. 18, até julho de 2009 foram celebrados 15 acordos de leniência. E, por último, segundo declaração do Secretário interino de Direito Econômico, Dr. Diego Faleck, publicada em 20 de dezembro de 2010 na matéria “SDE lança a campanha ‘Cartel é crime - Seja o primeiro a sair’”: “A adoção de acordos de leniência, até então inéditos no país, foi uma estratégia crucial para o aprimoramento do combate a cartel. O programa brasileiro é um dos mais ativos entre as nações em desenvolvimento”, afirma o secretário interino de Direito Econômico Diego Faleck. Já são 20 acordos assinados em quase oito anos, dos quais Faleck participou efetivamente de 75% como chefe de gabinete da secretaria” Todas essas fontes estão disponíveis em: <http://www.portal.mj.gov.br/sde>

Esse cenário permite concluir que esses dois instrumentos de política de concorrência podem servir no combate a cartéis nas mais variadas situações, não havendo concorrência predatória entre eles, ampliando, desta forma, a maximização do *enforcement* da política antitruste brasileira.

O conflito existente entre a posição da SDE, que de um lado está engajada em exercer a sua função persecutória no âmbito das investigações de cartel, e entende que para tanto deve-se transformar o TCC, exclusivamente, em um segundo acordo de leniência, e de outro lado, a posição do CADE, que está imbuído em garantir a eficácia das suas decisões para que produzam os efeitos desejados no mercado<sup>122</sup>, e procura aplicar o TCC sob variadas formas que lhe tragam esse resultado, independentemente da confissão da culpa e do compromisso de colaboração com as investigações pelo compromissário, ao que parece revela um problema no desenho institucional do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

A ausência de relação interna integrada entre esses órgãos que possuem independência administrativa e funcional, mas que ao mesmo tempo atuam dentro de um mesmo sistema, faz com que, muitas vezes, não seja possível promover a gestão das políticas públicas de forma eficiente, com a redução dos custos de transação e maior previsibilidade.

Portanto, a atual estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência precisa ser repensada de forma a dotar os órgãos que o compõem de uma relação institucional capaz de trabalharem sob a diretriz de um planejamento estratégico comum, no qual cada um exercerá o seu papel de forma coordenada

---

<sup>122</sup> Conferir a seção de Apresentação do Balanço da Gestão do CADE 2009-2010, feita pelo então presidente Arthur Sanchez Badin, p. 1: "Ao assumir a Presidência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, em 07 de novembro de 2008, ousei sonhar que o Brasil poderia ter um sistema antitruste com padrão equivalente às mais eficazes agências de concorrência do mundo. Para tanto o Cade precisava ser repensado. Determinar a sua estratégia seria fundamental, pois o objetivo de qualquer órgão de defesa da concorrência é tomar decisões eficazes, que produzam efeitos desejados nos mercados. Essa tarefa não é simples, depende do empenho de todo o corpo técnico do Cade, a começar pela Presidência." Disponível em <http://www.cade.gov.br>

com os demais, em busca da maximização do *enforcement* da política de concorrência estabelecida na Lei 8.884/94.<sup>123</sup>

### **3.5 A Política de Termo de Compromisso de Cessão de Prática Brasileira e a Dissuasão da Prática de Cartel**

A multa foi a principal sanção adotada pela Lei 8.884/94 com o objetivo de reprimir as infrações à ordem econômica. Nesse sentido, uma empresa condenada administrativamente pelo CADE pode ser penalizada com o pagamento de uma multa em valor que pode variar de 1% a 30% do seu faturamento bruto e que não deve ser inferior à vantagem auferida com a infração, quando quantificável, enquanto que o seu administrador envolvido direta ou indiretamente com a prática da infração poderá ser penalizado com o pagamento de uma multa em valor que pode variar de 10% a 50% do valor da multa aplicada à empresa.<sup>124</sup>

Ademais, em relação às pessoas físicas ou jurídicas que estejam envolvidas com a prática de infração à ordem econômica, mas que não exerçam atividade empresarial e não seja possível utilizar-se do critério do faturamento bruto como base de cálculo para definição da multa, o CADE poderá aplicar um valor que pode variar de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (UFIR).<sup>125</sup>

Critérios como gravidade da infração, boa fé e vantagem auferida ou pretendida pelo infrator, consumação ou não da infração, efeitos econômicos negativos produzidos no mercado, situação econômica do infrator, e reincidência, devem ser levados em consideração para a definição da sanção a ser aplicada em caso

---

<sup>123</sup> Conferir as declarações do Conselheiro do CADE Olavo Chinaglia em entrevista realizada pelo pesquisador, Apêndice B, p. 119: “Eu acho mais importante, o que realmente falta no sistema de defesa da concorrência, e eu não sei até que ponto o Projeto de Lei resolve a questão, é uma coordenação maior no momento de fazer planejamento estratégico de cada agência.” O Projeto de Lei 06/2009 que se encontra em trâmite no Congresso Nacional propõe um reforma institucional do SBDC, de forma que o atual CADE e a SDE passariam a fazer parte de uma mesma agência. Conferir a secção de Conclusão, p. 99 e seguintes.

<sup>124</sup> Vide art. 23, I e II da Lei 8.884/94.

<sup>125</sup> Vide art. 23, III da Lei 8.884/94.

de condenação.<sup>126</sup> Nesse contexto, em matéria de cartel o CADE tem aplicado multas às empresas condenadas na média de 15 a 20% do faturamento bruto das mesmas.<sup>127</sup>

A Lei 11.482/07, que alterou a Lei 8.884/94, reinserindo a possibilidade de utilização do TCC como ferramenta de solução dos casos de cartel, estipulou como condição obrigatória a fixação de uma contribuição pecuniária a ser paga pelos compromissários em favor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, que não pode ser inferior ao mínimo previsto para a multa em caso de condenação por infração à ordem econômica.<sup>128</sup> Além disso, o CADE estabeleceu em seu Regimento Interno o momento da propositura do acordo pelo compromissário como critério balizador para o valor da contribuição pecuniária.<sup>129</sup>

Para que o TCC atinja o seu objetivo de dissuadir a prática investigada e contribuir para o *enforcement* da política de concorrência, a contribuição pecuniária deve ser fixada com base no valor que seria esperado numa sanção em caso de julgamento, podendo haver um desconto relacionado à economia dos custos sociais obtida pelo CADE com a resolução antecipada do processo a depender da contrapartida oferecida pelos compromissários, tais como a confissão de culpa e a colaboração com as investigações.

De um modo geral o CADE tem seguido a linha de tomar como ponto de partida os seus precedentes de condenação dos casos de cartel para calcular o valor da contribuição pecuniária no processo em que se negocia o TCC. Inclusive, O ex - conselheiro Luiz Fernando Shuartz em seus votos proferidos nos requerimentos dos TCCs propostos pela Friboi e pela Lafarge, sugeriu uma fórmula para

---

<sup>126</sup> Vide art. 27 da Lei 8.884/94.

<sup>127</sup> Conferir o Voto do Conselheiro Luiz Fernando Shuartz no Requerimento n.º 08700.004221/2007-56 proposto pela Lafarge Brasil S.A referente ao processo administrativo n.º 080012.01142/2006-79, e o Voto do Conselheiro Ricardo Villas Boas Cueva no Requerimento n.º 08700.5281/2007-56 proposto pela Alcan Embalagens do Brasil Ltda. Referente ao processo administrativo n.º 08012.004674/2006-50. Disponíveis em: <http://www.cade.gov.br>

<sup>128</sup> Vide art. 53, § 1º, III, e § 2º da Lei 8.884/94.

<sup>129</sup> Vide art. 1º da Resolução N.º 46/2007 do Cade que alterou o Regimento Interno deste órgão.

mensurar esse valor de acordo com o Valor Presente da Sanção Esperada (VPSE), que é definida<sup>130</sup>:

(...) como sendo igual ao somatório das sanções *em princípio* mais prováveis para o *tipo* da conduta, multiplicadas pela probabilidade da sua aplicação à representada proponente do acordo, dado o conjunto probatório disponível com relação à mesma. Note-se que o cálculo da sanção esperada tal como definida, envolve o recurso a “probabilidades” em dois momentos e sentidos distintos, em um primeiro momento têm-se a identificação das sanções “em princípio mais prováveis” para o tipo da conduta que está sendo investigada, que consiste na listagem de um pequeno conjunto de percentuais possíveis para a determinação da sanção pecuniária prevista no art. 23 da Lei 8.884/94 em função da sua maior freqüência nos casos passados similares mais recentes, por exemplo, os percentuais de 15% a 20% na hipótese de condenação, e 0% na hipótese de não condenação em cartéis *hard core*. No cálculo do valor da sanção esperada os referidos percentuais aparecem enquanto os “estados da natureza” que deverão ser, então, em um segundo momento, multiplicados por suas respectivas probabilidades de realização no caso concreto dado os elementos de prova à disposição da autoridade decisória. Diferentemente das probabilidades que se encontram implícitas na determinação das sanções “em princípio mais prováveis” para o tipo de conduta sob investigação no processo, os juízos de probabilidade envolvidos neste segundo momento da análise mensuram as chances de aplicação de cada uma das sanções relevantes. Para ficar no exemplo dos três estados da natureza correspondentes às sanções de 0%, 15% e 20%, poder-se-ia pensar numa probabilidade de 20% de aplicação de uma sanção de 20%, 60% de probabilidade de aplicação de uma sanção de 15%; e, posto que a soma das probabilidades deve ser igual a um, 20% de probabilidade de aplicação de uma sanção de 0% do faturamento bruto da empresa considerada. A sanção esperada neste exemplo seria igual a uma multa pecuniária de  $20\% \cdot (0,2) + 15\% \cdot (0,6) + 0\% \cdot (0,2) = 13\%$  do referido faturamento bruto. Noutras palavras a sanção esperada é a média ponderada das sanções percebidas, em abstrato, enquanto mais prováveis para a espécie de infração, com os pesos sendo fornecidos pelas probabilidades de aplicação, em concreto, de cada uma dessas sanções.

A missão mais complexa acaba sendo a definição do desconto, se for aplicável, pois este dependerá da forma que o TCC for desenhado, sendo certo que a existência ou não de acordo de leniência acaba por influenciar no cálculo e

---

<sup>130</sup> Conferir Requerimento n. 08700.004221/2007-56 referente ao Processo Administrativo n. 08012.011142/2006-79, p. 3-4, e Requerimento n. 08700.02906/2007-68 referente ao Processo Administrativo n. 08012.002493/2005-16. Esse critério também foi adotado pelo conselheiro Ricardo Villas Boas Cueva no caso da Alcan, Requerimento n. 08700.005281/2007-96 referente ao Processo Administrativo n. 08012.004674/2006-50. Disponíveis em <http://www.cade.gov.br>

negociação do valor da contribuição pecuniária a ser estipulada, conforme se demonstra a seguir.

### **3.5.1 A Contribuição Pecuniária de um TCC sem Acordo de Leniência**

Nos casos em que o compromissário não tenha interesse em transacionar o reconhecimento da culpa e o compromisso de colaboração com as investigações em TCCs a serem celebrados em processos sem acordo de leniência, a contribuição pecuniária a ser fixada deverá refletir o valor da multa esperada em caso de julgamento mensurado no momento da negociação do acordo, sem desconto, ou com uma redução sem muita expressão, haja vista que nesta situação, o CADE se beneficia apenas com a economia dos custos que seriam incorridos com a gestão do processo em âmbito administrativo e judicial, sem ter acesso a mais elementos de prova que pudessem ajudar a SDE com a instrução do processo.

Além disso, a concessão de um desconto elevado na contribuição pecuniária poderá afetar negativamente o efeito dissuasório do TCC na medida em que terceiros partícipes de um cartel podem não se sentirem desestimulados a cessar a prática da infração diante da magnitude dos ganhos auferidos com a atividade ilícita, assim como a economia dos recursos por parte de autoridade antitruste com a resolução antecipada do processo pode não compensar eventual redução da demanda pelo acordo de leniência.<sup>131</sup>

Já nos casos em que os compromissários possuam interesse em transacionar o reconhecimento da culpa e/ou o compromisso de colaboração com as investigações, o TCC deve ser negociado de uma forma que se revele mais custoso do que celebrar um acordo de leniência parcial, sob pena de não se preservar essa ferramenta de investigação.

Para tanto, como premissa básica deve-se estipular uma contribuição pecuniária no TCC que, no mínimo, seja superior a dois terços do valor da multa esperada

---

<sup>131</sup> Vide Nota 88, p. 58 e Nota 90, p. 59.



em caso de julgamento condenatório, pois dessa forma se garantiria a vantagem do acordo de leniência parcial, já que, além da imunidade penal, esse instrumento concede ao beneficiário a redução de um a dois terço da sanção administrativa.

No entanto, há outro fator que deve ser levado em consideração nessa análise, que é a reincidência do representado na prática da conduta condenada, pois no acordo de leniência parcial o beneficiário deverá ser condenado pelo CADE caso a sua conduta seja considerada ilícita, obtendo apenas o benefício da redução da pena de um a dois terços.

Isso implica em um antecedente desfavorável ao representado tendo em vista que caso venha a ser condenado novamente pelo CADE por infração à ordem econômica cometida nos cinco anos posteriores ao trânsito em julgado da primeira decisão, a multa a lhe ser aplicada deverá ser fixada em dobro<sup>132</sup>, podendo variar até 60% do seu faturamento bruto.

Esse fator pode desestimular o representado a celebrar um acordo de leniência parcial e levá-lo a preferir firmar um TCC<sup>133</sup>. Para evitar esse efeito, o ex-conselheiro do CADE Paulo Furquim sugere algumas alternativas<sup>134</sup>:

Para isso, há duas simples alternativas. A primeira consiste em aumentar o prazo de vigência do TCC para cinco anos, a partir da previsão de

---

<sup>132</sup> Conferir o Parágrafo Único do Art. 23 da Lei 8.884/94.

<sup>133</sup> Esse fenômeno pode não se confirmar, haja vista que por outro lado a leniência parcial confere ao beneficiário a imunidade criminal, ou seja, a extinção da punibilidade da Administração em relação às sanções previstas pela prática de crime contra a ordem econômica tipificado na Lei 8.137/90. O depoimento do então Chefe de Gabinete da Secretária de Direito Econômico do Ministério da Justiça, Dr. Diego Faleck, prestado ao pesquisador em entrevista realizada informa que os advogados tem preferido a leniência parcial ao TCC: "(...) e a gente já teve negociação aqui de leniências parciais que quando já tem alguma averiguação instaurada, e aí é um grande ponto de decisão, vou fazer uma leniência parcial ou um TCC. E a gente até agora tem conseguido é..., nós nunca assinamos, nós estamos negociando leniências parciais, temos visto a preferência dos advogados pela leniência parcial. Porque ela também cobre o aspecto criminal, e você tem uma redução que seria muito melhor que o TCC (...)." Conferir Apêndice C, p. 128. De qualquer sorte, por cautela deve o CADE adotar medidas para tratar desse efeito relacionado à reincidência do representado.

<sup>134</sup> Voto proferido no Requerimento n°. 08700.004992/2007-43 proposto pela Cimpor Cimentos do Brasil Ltda. referente ao Processo Administrativo n°. 08012.011142/2006-79, p. 25-26. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>

pagamento integral da contribuição pecuniária ou de cumprimento de outras obrigações que constarem do termo, e inserir cláusula em que a parte se comprometa a não praticar quaisquer das condutas previstas nos arts. 20 e 21 da lei antitruste. Nesse caso, se a compromissária cometesse uma infração à ordem econômica durante o período de vigência do TCC, que seria exatamente igual ao período da reincidência, ela pagaria a multa por descumprimento do termo e o processo administrativo referente ao TCC voltaria a correr, sem prejuízo da condenação pela infração posterior. A segunda alternativa é considerar imprópria – dentro da perspectiva da análise de conveniência e oportunidade da proposta – a celebração de TCC com a mesma representada em processo administrativo que investigue a mesma conduta que já tenha sido objeto de TCC anterior.

Portanto, para se preservar o acordo de leniência e evitar prejuízo ao efeito dissuasório do TCC, é necessário que este instrumento preveja uma contribuição pecuniária, no mínimo, superior a dois terços da multa esperada em caso de julgamento condenatório, e algum mecanismo de punição extra para o caso de reincidência do representado.

Em TCCs desta natureza o CADE tem aplicado contribuições pecuniárias em valores bem próximos da multa esperada em caso de julgamento condenatório. No entanto, não tem sido prática deste conselho o estabelecimento de mecanismos para tratar os efeitos da reincidência do representado.<sup>135</sup> Isso é uma questão que precisa ser melhor avaliada em prol do efeito dissuasório do TCC e da preservação do acordo de leniência.

### **3.5.2 A Contribuição Pecuniária de um TCC com Acordo de Leniência**

Nos casos em que já tenha acordo de leniência firmado, o TCC deverá conter, necessariamente, a confissão de culpa por parte do compromissário.<sup>136</sup> Logo, a contribuição pecuniária deverá ser fixada com base no valor esperado da multa

---

<sup>135</sup> Conferir Requerimento n.º 08700.004221/2007-56 proposto pela Lafarge Brasil S.A referente ao processo administrativo n.º 080012.01142/2006-79, e o Requerimento n.º 08700.5281/2007-56 proposto pela Alcan Embalagens do Brasil Ltda. referente ao processo administrativo n.º 08012.004674/2006-50. Em ambos os casos os compromissários se comprometeram a colaborar tecnicamente com as investigações e permitir o acesso das autoridades antitrustes nas suas dependências em troca de um pequeno desconto no valor das contribuições pecuniárias, mas que acabaram ficando bem próximas do valor da multa esperada. No entanto, não foi estabelecido nenhum mecanismo de punição extra para tratar dos efeitos da reincidência.

<sup>136</sup> Vide art. 129-G do Regimento Interno do CADE, alterado pela Resolução N.º 46/2007.

em caso de julgamento condenatório com eventual desconto caso o compromissário se comprometa a colaborar com as investigações de forma a aumentar a probabilidade de condenação dos demais representados.

O desconto a ser concedido em contrapartida à cooperação com as investigações deve ser avaliado de acordo com as circunstâncias de cada caso, procurando-se estabelecer critérios que possam conferir maior previsibilidade aos agentes econômicos, tais como: o momento em que a colaboração é oferecida, o valor e importância da informação fornecida (se são provas diretas, escritas, datadas do período da prática do ato apurado), e se o compromissário fornece provas adicionais relativas à prática de outra infração colusiva e obtém o direito a um desconto adicional a título de *Amnesty Plus*, etc.<sup>137</sup>

A tabela abaixo ilustra os critérios utilizados pelo CADE para definição do percentual da contribuição pecuniária em TCCs celebrados com empresas, em processos com acordo de leniência:

**Tabela 5**

Requerimento / Processo	Compromissário	Mercado	Data de Celebração	Crítérios da Contribuição Pecuniária	Percentual da Contribuição Pecuniária
08700.001882/2008-19 / 08012.010932/2007-18	Bridgestone Corporation	Mangueira Marítima	27.08.2008	Precedentes dos julgados do CADE. Primeira a apresentar proposta de TCC. Momento da	13%

<sup>137</sup> Conferir HAMMOND, Scott D. Measuring the Value of Second-In Cooperation in Corporate Plea Negotiations. The 54<sup>th</sup> Annual American Bar Association Section of Antitrust Law Spring Meeting. Março, 2006. P. 12.: "Turning to the calculation of the cooperation discount, three key factors largely determine the size of the discount. Those factors are (1) the timing of the cooperation; (2) the value and significance of the information provided; and (3) whether the company brings forward evidence of other collusive activity and receives an additional *Amnesty Plus* discount." Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/215514.pdf> e Conferir os critérios adotados pela Comissão Europeia para avaliar a colaboração com as investigações para fins de definição da multa em casos de leniência parcial em *Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas e la reducción de su importe em casos del cartel (2002/C 45 / 03)*, disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2002:045:0003:0005:ES:PDF>

				<p>apresentação da proposta (logo após a instauração do processo).</p> <p>Momento da colaboração (etapa inicial do processo).</p>	
08700.005321/2008-81 / 08012.010932/2007-18	Manuli Hidráulica do Brasil Ltda.	Mangueira Marítima	21.01.2009	<p>Precedentes dos julgados do CADE.</p> <p>Não ter sido a primeira a apresentar proposta de TCC.</p> <p>Momento da apresentação da proposta (antes da conclusão da instrução processual)</p> <p>Não exercício de liderança e tempo de permanência na prática inferior ao das demais investigadas.</p> <p>Momento da colaboração (etapa inicial do processo) e teor dos documentos juntados aos autos.</p>	14%
08700.002312/2009-19 / 08012.010932/2007-18	Trelleborg Industries SAS	Mangueiras Marítimas	16.09.2009	<p>Precedentes dos julgados do CADE.</p> <p>Ser a terceira a apresentar proposta de TCC.</p> <p>Momento da apresentação da proposta (após 2 anos de instaurado o processo ainda que antes da conclusão da instrução processual).</p> <p>Momento da colaboração (depois de dois anos de instaurado o processo) e o seu conteúdo.</p>	20%

				<p>Tratar-se de Infração gravíssima.</p> <p>Falta de boa-fé do compromissário que só propôs o acordo após duas empresas terem feito.</p> <p>Vantagem auferida significativa.</p> <p>Alto grau de lesão à livre concorrência, economia nacional e aos consumidores.</p> <p>Situação econômica favorável do infrator.</p>	
08700.001369/2009-09 / 08012.000820/2009 - 11	Whirlpool S.A., Brasmotor S.A	Compressores Herméticos	30.09.2009	<p>Valor provável de imposição de multa em caso de condenação.</p> <p>Não houve cooperação com as investigações.</p>	Entre 20 a 27%

A partir das informações elencadas na tabela acima é possível concluir que o CADE tem se baseado na multa esperada em caso de julgamento condenatório para fixar o percentual da contribuição pecuniária nos TCCs, na medida em que a jurisprudência deste conselho tem sido levada em consideração.

Além disso, o desconto concedido em contrapartida à contribuição com as investigações pelo compromissário tem guardado relação com o momento em que a colaboração é prestada e a qualidade dos documentos apresentados.<sup>138</sup> Quando não há a colaboração o percentual da contribuição pecuniária é mais elevada por não haver desconto, guardando equivalência com o da multa esperada em caso de julgamento condenatório.

<sup>138</sup> O Conselheiro do Cade Fernando de Magalhães Furlan, que foi o relator dos TCCs celebrados no processo das mangueiras marítimas em entrevista concedida ao pesquisador corrobora expressamente esse entendimento. Conferir Apêndice F, p. 146.

Percebe-se daí o estabelecimento de critérios objetivos na mensuração do percentual da contribuição pecuniária, com o fim de evitar o recolhimento de valores despropositados, que por um lado se revele insignificante e não atinja a capacidade de dissuasão da prática ilícita, e por outro seja exorbitante ao ponto de inviabilizar a celebração do TCC.

Por fim, o CADE na celebração dos TCCs tem respeitado o valor mínimo estabelecido pelo art. 23 da Lei 8.884/94, e o critério do momento da apresentação do acordo previsto no art. 129-E do Regimento Interno deste Conselho.

## CAPÍTULO IV

### 4.1 Conclusão

A pesquisa desenvolvida teve como objetivo central a análise da regulação e funcionamento de dois institutos jurídicos que compõem a política brasileira de combate a cartel, quais sejam o Acordo de Leniência e o Termo de Compromisso de Cessação de Prática (TCC).

Ambos os institutos são alternativas de acordo com a Administração Pública que estão à disposição dos agentes econômicos para evitarem o ônus de uma eventual condenação por violação antitruste, em que há concessões e benefícios de ambas as partes.

Para que possam funcionar de forma integrada e eficiente é necessário que a regulação estabeleça condições relacionadas à celebração dos mesmos que não gerem a sobreposição de um em relação ao outro, e ao invés permitam a utilização complementar de suas funções em prol da dissuasão da prática de cartel.

Nesse sentido, fatores como o funcionamento do poder judiciário, os custos envolvidos em um litígio, e a amplitude da competência da autoridade antitruste na persecução das condutas anticompetitivas (se meramente administrativa ou também criminal), demonstram-se relevantes, e, portanto devem ser analisados em prol de uma interação eficiente entre o Acordo de Leniência e do Termo de Compromisso de Cessão de Prática.

Isso explica a variedade dos modelos adotados por diferentes países, ficando evidente que cada um constrói a sua política de leniência e de TCC de acordo com as suas necessidades e levando-se em consideração o seu ambiente institucional.

O Brasil adotou um modelo de Acordo de Leniência e de Termo de Compromisso de Cessação de Prática que ainda podem ser aperfeiçoados, mas que, de certa forma, vêm demonstrando resultados positivos a partir do aumento da capacidade de detecção das condutas anticompetitivas pela SDE e da dissuasão dessas práticas de forma mais eficiente pelo CADE.

Portanto, de uma maneira geral, essa pesquisa demonstrou que o sistema de celebração de TCCs não prejudica o programa brasileiro de leniência, podendo ambas ferramentas serem utilizadas de forma integrada no âmbito da política de combate a cartel.

Nesse sentido, segue às respostas às questões formuladas:

#### **4.1.1 A regulação atual do TCC implica em potenciais prejuízos ao programa de Acordo de Leniência? Se positivo, quais?**

Não. A Lei 11.482/07 alterou o art. 53 da Lei 8.884/94 de forma a restabelecer a possibilidade de celebração de TCC em processos de investigação de cartel, sob uma condição específica de que dentre as obrigações previstas para que o representado faça cessar a conduta anticoncorrencial, conste, obrigatoriamente, o recolhimento de uma contribuição pecuniária em favor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.

Alem disso, esse diploma legal delegou ao CADE a função de editar normas complementares para regulamentar o cabimento, modo e tempo de celebração dos TCCs. No exercício desta sua atribuição este conselho editou a Resolução N.º 46/2007, que alterou o seu Regimento Interno, na qual, dentre outras questões, instituiu a possibilidade de adoção de programa de prevenção à infração à ordem econômica, e a obrigatoriedade de reconhecimento de culpa por parte dos compromissários quando o TCC for celebrado em casos em que tenha sido firmado acordo de leniência pela SDE.



Portanto, de acordo com a atual regulação do TCC este instrumento serve como uma via alternativa de solução de um processo administrativo de investigação de condutas anticoncorrenciais, inclusive cartel, sendo que a estrutura de obrigações mínimas e benefícios ao administrado decorrente desse instituto pode ser resumida da seguinte forma:

	<b>Obrigações Mínimas</b>	<b>Benefícios</b>
<b>TCC com Acordo de Leniência</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Confissão de culpa</li> <li>- Cessar a Infração</li> <li>- Contribuição Pecuniária</li> <li>- Multa por Descumprimento do Acordo</li> </ul>	Arquivamento do Processo
<b>TCC sem Acordo de Leniência</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Cessar a Infração</li> <li>- Contribuição Pecuniária</li> <li>- Multa por Descumprimento do Acordo</li> </ul>	Arquivamento do Processo

Já o Acordo de Leniência é uma ferramenta de investigação através da qual a autoridade antitruste visa obter provas e evidências da conduta anticoncorrencial diretamente de quem a praticou, em troca da concessão de alguns benefícios ao delator.

No Brasil esse programa foi instituído pela Lei 10.149/2000, a qual estabeleceu como benefício a ser concedido aos lenientes a imunidade administrativa (relativa às sanções previstas na Lei 8.884/94) e a imunidade criminal (relativa às sanções previstas na Lei 8.137/90). A primeira pode ser concedida de forma total, caso a delação da infração seja realizada antes de a SDE ter conhecimento de sua prática, ou de forma parcial com a redução de 1 a 2/3 das sanções previstas, caso a delação da infração seja realizada quando a SDE já tem conhecimento da sua prática.

Para que um interessado possa se valer de um acordo de leniência os seguintes requisitos devem ser preenchidos: (i) a empresa ou pessoa física ("beneficiário") deve ser a primeira a se qualificar com respeito à infração; (ii) o beneficiário deve cessar completamente seu envolvimento na infração a partir da data de propositura do acordo; (iii) a SDE não deve dispor de provas suficientes para assegurar a condenação das empresas ou pessoas físicas quando da

propositura do acordo; (iv) o beneficiário deve confessar sua participação no ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações; (v) o beneficiário deve colaborar com as investigações de forma a permitir a identificação dos demais co-autores da infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração e, finalmente, (vi) o beneficiário não pode ser um dos líderes do cartel investigado.

Sendo assim, a estrutura de obrigações e benefícios ao administrado decorrente desse instituto pode ser resumida da seguinte forma:

	<b>Obrigações Mínimas</b>	<b>Benefícios</b>
<b>Leniência Total</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Cessar a Infração</li> <li>- Confissão de culpa</li> <li>- Colaboração ativa com as investigações</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Imunidade total administrativa (relativa às sanções da Lei 8.884/94)</li> <li>- Imunidade total criminal (relativa às sanções da Lei 8.137/90)</li> </ul>
<b>Leniência Parcial</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Cessar a Infração</li> <li>- Confissão de culpa</li> <li>- Colaboração ativa com as investigações</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Imunidade parcial administrativa (Redução de 1 a 2/3 das sanções da Lei 8.884/94)</li> <li>- Imunidade total criminal (relativa às sanções da Lei 8.137/90)</li> </ul>

Diante dos quadros de estrutura de obrigações e benefícios dos dois institutos jurídicos estudados, para o administrado que estiver disposto a confessar a culpa em relação à prática da infração e, conseqüentemente, colaborar com as investigações, o Acordo de Leniência lhe será mais benéfico, haja vista a amplitude dos benefícios que lhe são concedidos.

Ainda que este ato de confissão de culpa deixe o leniente vulnerável a indenizar terceiros por danos causados pelo cartel, já que nesta situação bastará apenas que seja demonstrada a relação de causalidade entre a conduta ilícita praticada (já confessada) e o dano causado, em um TCC celebrado sem confissão de culpa, logo no âmbito de um processo que não tenha sido firmado um acordo de leniência, o compromissário não estará imune a este ônus. Para tanto, será

necessário que se comprove a prática da conduta ilícita e a relação entre esta e o dano suportado por um terceiro.

Portanto, na medida em que a Lei 11.482/07 estabelece a obrigatoriedade do recolhimento de contribuição pecuniária em TCCs firmados em casos de cartel, e ainda a Resolução N.º 46/2007 do CADE exige a confissão de culpa do compromissário para se firmar o TCC em casos em que haja acordo de leniência, ela preserva “a corrida” entre os membros de um cartel em direção à celebração desse instrumento.

Inclusive, evidências empíricas corroboram essa conclusão, pois os números de acordos de leniência celebrados até o ano de 2010 fornecidos pela SDE demonstram que esse instrumento tem sido cada vez mais procurado pelos agentes econômicos, sobretudo de julho de 2008 a dezembro de 2010, já que do total de 20 acordos, 10 ocorreram no referido período.<sup>139</sup>

#### **4.1.2 A despeito da regulação atual do TCC, a forma como o CADE vem aplicando este instituto jurídico tem desprestigiado o programa de Acordo de Leniência?**

De um modo geral não. Apesar da divergência existente entre a SDE e o CADE acerca dos requisitos que devem ser estabelecidos para a celebração de um TCC em prol da preservação do Acordo de Leniência, a pesquisa demonstrou que o CADE tem sido muito criterioso ao analisar e negociar as propostas de TCCs apresentadas pelos representados.

Nesse sentido, a adoção de um critério objetivo para a definição da contribuição pecuniária que leva em consideração a sanção que seria aplicada ao compromissário em caso de julgamento pela prática da conduta investigada, com a aplicação de um “desconto” nos casos em que o compromissário se disponha a colaborar com as investigações, tem evitado que o valor dessa

---

<sup>139</sup> Conferir Nota 121, p. 79.

obrigação se configure como uma subpunição, e gere efeito negativo sobre a dissuasão da infração.

Pelo contrário, os valores dessas contribuições têm sido relativamente elevados, já que o histórico dos valores das multas aplicadas pelo CADE nos casos de cartel tem girado entorno de uma média de 15 a 20% do faturamento bruto das empresas, e o desconto aplicado em contrapartida à cooperação com as investigações tem sido definido por meio de elementos criteriosos (momento da cooperação, qualidade dos documentos apresentados, etc.) que avaliam o valor que este ato do compromissário pode agregar à probabilidade de condenação dos demais representados.<sup>140</sup>

Com isso, o TCC deixa de ser um instrumento mais vantajoso àqueles que pretendem evitar o ônus de um julgamento se comparado com o Acordo de Leniência. Entretanto, é importante ressaltar, que nos casos dos TCCs celebrados em processos sem acordos de leniência e com a transação da cooperação, apesar de se ter verificado que as contribuições pecuniárias aplicadas se revelaram bem próximas do valor da multa esperada em caso de julgamento, estes instrumentos não dispuseram de mecanismos para tratar dos efeitos da reincidência, o que pode gerar um desincentivo à celebração do acordo de leniência parcial.<sup>141</sup>

Diante disso, por medida de cautela, o CADE deve procurar adotar provisões de penalidades extras às empresas que após celebrarem o TCC voltem a praticar infrações à ordem econômica.

Ademais, a estipulação da adoção de programas de *compliance* pelos compromissários é um requisito que se revelou muito presente nos TCCs celebrados pelo CADE. Essa medida de cunho educativo, se bem trabalhada e fiscalizada, pode trazer bons resultados em relação à conscientização dos

---

<sup>140</sup> O art.23, I, da Lei 8.884/94 estabelece que a multa por infração à ordem econômica pode corresponder ao valor de 1 a 30% do faturamento bruto da empresa no seu último exercício, excluído os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando verificável.

<sup>141</sup> Conforme ponderado esse fenômeno pode não ocorrer. Conferir Nota 133, p. 85.

agentes econômicos sobre a sua atuação no mercado em relação aos padrões de legalidade exigidos pela Lei 8.884/94.

Portanto, levando-se em consideração que o objetivo da autoridade antitruste é maximizar a detecção, punição e prevenção das práticas anticoncorrenciais, é possível constatar nos TCCs celebrados pelo CADE o estabelecimento de obrigações voltadas a esse propósito, e, de um modo geral, sem desincentivar a utilização do acordo de leniência por aqueles representados que estejam disponíveis a confessar a culpa e colaborar com as investigações.

**4.1.3 Há algum indício e/ou prova de que os agentes econômicos têm, estrategicamente, se utilizado mais dos TCCs em detrimento do Acordo de Leniência? Se positivo, esse fato é prejudicial à política brasileira de combate a cartéis?**

Não. Primeiramente deve-se ressaltar que, tratando-se de casos de cartel, esse questionamento não pode ser respondido por meio de uma mera comparação do número absoluto de TCCs e acordos de leniências celebrados dentro de um mesmo período, já que os processos de cartel possuem vários representados e apenas um deles poderá firmar uma leniência total ou parcial, só havendo a possibilidade de mais de um beneficiário em caso de leniência *plus*, enquanto que o TCC pode ser celebrado com todos aqueles que façam parte do pólo passivo do processo. Assim poderá haver processos com um acordo de leniência e diversos TCCs, como foram os casos do cartel das mangueiras marítimas e compressores herméticos.

Logo, o que deve ser averiguado é uma comparação entre o número de acordos de leniência celebrados em relação ao número de processos em que foram celebrados TCCs sem acordo de leniência, dentro do período em que esses institutos passaram a estar simultaneamente à disposição dos administrados,

portanto, a partir de 29 de dezembro de 2006, data da edição da Medida Provisória 340/2006, posteriormente convertida na Lei 11.482/07.<sup>142</sup>

Neste caso, levando-se em consideração os dados disponíveis pela SDE, de julho de 2008 a dezembro de 2010 foram celebrados 10 acordos de leniência<sup>143</sup>, e neste mesmo período é possível constatar a celebração de TCCs em apenas 5 processos sem acordos de leniência (vide Tabela 1, p. 50-52).

Além disso, do total de 20 acordos de leniência celebrados desde dezembro de 2000<sup>144</sup> até dezembro de 2010, 10 foram firmados entre julho de 2008 a dezembro de 2010, o que demonstra um aumento substancial da procura desse tipo de acordo pelos agentes econômicos num período em que o TCC também já vigorava no ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, com base nos dados acima disponíveis, não se pode afirmar que há indícios e/ou provas de que os agentes econômicos têm se utilizado estrategicamente do TCC em detrimento do acordo de leniência.

#### **4.1.4 Há medidas que podem ser adotadas para aperfeiçoar os instrumentos que compõem a política de combate a cartéis brasileira (Acordo de Leniência e TCC)?**

Sim. Apesar dos resultados positivos que os institutos do Acordo de Leniência e do TCC têm gerado no âmbito da política de combate a cartel brasileira, é possível verificar algumas questões que necessitam serem corrigidas em prol do aperfeiçoamento dessas políticas.

Atualmente, segundo a Lei Antitruste brasileira a imunidade criminal concedida ao beneficiário de um acordo de leniência como contrapartida à confissão de culpa e colaboração com as investigações é restrita às sanções previstas na Lei

---

<sup>142</sup> Por falta de dados oficiais disponíveis acerca do número de acordos de leniência celebrados entre janeiro de 2007 a junho de 2008 não foi possível fazer a análise desse período.

<sup>143</sup> Conferir Nota 121, p. 79.

<sup>144</sup> A Medida Provisória n. 2.055/2000, posteriormente convertida na Lei 10.149/2000, que instituiu o acordo de leniência no Brasil entrou em vigor em 21 de dezembro de 2000.

de Crimes Contra a Ordem Econômica e Tributária (Lei 8.130/90). Para maximizar a utilização desse instrumento e dotá-lo de maior segurança jurídica, esse benefício penal deve abranger também o crime de conluio previsto na Lei de Licitações (Lei 8.666/93), e o crime de formação de quadrilha previsto no art. 288 do Código Penal Brasileiro (Decreto Lei 2.848/1940).

A redação atual do Projeto de Lei nº. 06/2009, que altera a Lei 8.884/94 e que se encontra em trâmite no Congresso Nacional, resolve essa questão ao propor a ampliação da imunidade criminal decorrente da celebração de um acordo de leniência aos demais crimes diretamente relacionados diretamente à prática de cartel, com menção expressa àqueles previstos na Lei 8.666/93 e no Código Penal Brasileiro.<sup>145</sup>

Outro ponto destacado na pesquisa, e que deve ser avaliado, é a adoção de um sistema de negociação de TCCs que permita uma interação maior da SDE nesse processo. O modelo atual no qual este órgão instrutor se manifesta via parecer apenas quando é provocado pelo CADE, pode implicar em perda de acesso a informações relevantes para se delinear a estratégia de negociação em prol da consecução do melhor acordo para a Administração.

A negociação de um TCC pode levar até 60 dias, sendo que durante esse período o processo administrativo continua em andamento na SDE e novas informações com impacto na estratégia de negociação podem surgir nos autos. Além disso, a SDE pode exercer um papel importantíssimo na mensuração do valor da contribuição pecuniária nos casos em que o compromissário se dispõe a colaborar com as investigações, no sentido de avaliar o valor agregado dessa cooperação em relação ao aumento da probabilidade de detecção dos demais representados.

---

<sup>145</sup> Conferir Nota 50, p. 35-36.

Portanto, parece razoável que um membro da SDE deva compor as comissões de negociações a *doc* instauradas para assessorar o conselheiro relator na negociação do TCC.

O Projeto de Lei 06/2009 que se encontra em trâmite no Congresso Nacional propõe uma reestruturação institucional do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. De acordo com esse novo modelo a SDE se torna uma superintendência geral e o atual CADE se transforma no Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, sendo que juntos formariam o novo CADE, que, por sua vez, junto com a Secretaria de Acompanhamento do Ministério da Fazenda (SEAE) comporia o novo SBDC.

Basicamente, a superintendência geral seria responsável pela apuração das infrações à ordem econômica e análise e emissão dos pareceres nos processos de atos de concentração, o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica seria o órgão julgante, enquanto que a SEAE teria como missão as atividades de advocacia da concorrência.

Nesse novo cenário, as propostas de TCCs passariam a ser negociadas pela superintendência geral que submeteria o acordo à aprovação do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica.

Ao que parece, se aprovado, esse novo modelo pode representar um avanço em prol do aperfeiçoamento do sistema de negociação dos TCCs, que ficará a cargo do órgão que detém mais informação, e, portanto, está mais apto para o exercício da barganha na busca do melhor acordo possível para a Administração.

Ademais, esse novo modelo institucional poderá proporcionar maior coordenação no funcionamento do SBDC já que os órgãos instrutor e julgante funcionarão dentro de uma mesma estrutura, o que se espera que seja o suficiente para exercerem suas atividades com mais sinergia sob a diretriz de



um planejamento estratégico único direcionado à maximização do *enforcement* da política de concorrência prevista na Lei 8.884/94.<sup>146</sup>

---

<sup>146</sup> Essa expectativa surge na medida em que segundo o art. 10º, IX, do Projeto de Lei 06/2009, caberá ao Presidente do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica orientar, coordenar e supervisionar as atividades administrativas do CADE. Dessa forma, ao que indica haverá uma única instância responsável por coordenar e planejar as atividades da nova agência, e não mais órgãos distintos com direções próprias, com maior dificuldade de integração das políticas desenvolvidas por cada um.

## Bibliografia

ADELSTEIN, Richard P. The Plea Bargain in Theory. A Behavioral Model of the Negotiated Guilt Plea. *Southern Economic Journal*, Vol. 44, No. 3, p. 488-503. Southern Economic Association, 1978. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1057205>

American Bar Association (ABA). Section of Antitrust Law. *Antitrust Law Developments* 6th ed. 2007, vol. 1. Disponível em: <http://www.books.google.com.br/books>

ASCIONE, Aurora; MOTTA Massimo. Settlements in Cartel Cases. Disponível em [http://www.barcelonagse.eu/tmp/pdf/motta\\_settlementscartels.pdf](http://www.barcelonagse.eu/tmp/pdf/motta_settlementscartels.pdf)

BANDEIRA, Moniz. *Cartéis e Desnacionalização (A experiência Brasileira: 1964:1974)*. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira (Coleção Retrato do Brasil, vol. 96). 1975.

BASTOS, Aurélio Wander. *Cartéis e Concorrência – Estudo sobre a Recuperação Legislativa de Conceitos de Direito Econômico no Brasil*, Arquivos do Ministério da Justiça, ano 48, n.º 186, jul/dez., 1995.

BRUNA, Sérgio Varela. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. 1. ed., 2 tri. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001

CALABRESI, Guido. *Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho*. Anuários del Filosofia del Derecho. Neiva Época, vol. II, 1985.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Balanço da Gestão do CADE 2009-2010. Disponível em <http://www.cade.gov.br>

\_\_\_\_\_. Requerimento n. 08700.005281/2007-96. Voto do conselheiro Luis Carlos Delorme Prado. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>

\_\_\_\_\_. Processo administrativo n. 08000.012720/94-74. Voto da conselheira relatora Neide Teresinha Malard. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>

\_\_\_\_\_. Requerimento n. 08700.004992/2007-43. Voto do conselheiro relator Paulo Furquim de Azevedo. Disponível em <http://www.cade.gov.br>

\_\_\_\_\_. Requerimento n. 08700.001913/2009-12. Voto do conselheiro relator César Mattos. Disponível em <http://www.cade.gov.br>

\_\_\_\_\_. Requerimento n. 08700.002933/2009-01. Voto do conselheiro relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Disponível em <http://www.cade.gov.br>

\_\_\_\_\_. Requerimento n°. 08700.004221/2007-56. Voto do conselheiro Luiz Fernando Shuartz. Disponível em <http://www.cade.gov.br>

\_\_\_\_\_. Requerimento n°. 08700.5281/2007-56. Voto do conselheiro Ricardo Villas Boas Cueva. Disponível em <http://www.cade.gov.br>

\_\_\_\_\_. Requerimento n. 08700.02906/2007-68. Voto do conselheiro Luiz Fernando Shuartz. Disponível em <http://www.cade.gov.br>

\_\_\_\_\_. Requerimento n. 08700.001882/2008-19. Voto do conselheiro Fernando de Magalhães Furlan. Disponível em <http://www.cade.gov.br>

\_\_\_\_\_. Requerimento n. 08700.002312/2009-19. Voto do conselheiro Fernando de Magalhães Furlan. Disponível em <http://www.cade.gov.br>

\_\_\_\_\_. Requerimento n. 08700.005321/2008-81. Voto do conselheiro Fernando de Magalhães Furlan. Disponível em <http://www.cade.gov.br>

\_\_\_\_\_. Requerimento n. 08700.001369/2009-09. Voto do conselheiro relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Disponível em <http://www.cade.gov.br>

Departamento de Proteção e Defesa Econômica – Secretaria de Direito Econômico, Ministério da Justiça. *Combate a cartéis em sindicatos e*

associações. Brasília, 2009.

\_\_\_\_\_. *Combate a Cartéis em Licitações*. Brasília, 2008.

\_\_\_\_\_. *Combate a Cartéis na Revenda de Combustíveis*.  
Brasília, 2009.

DE AZEVEDO, Paulo Furquim. Cade: produção de provas e dosimetria da multa em processo administrativo de investigação de cartel. *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, 2009.

DE AZEVEDO, Paulo Furquim; HENRIKSEN, Alexandre Lauri. Cartel Deterrence And Settlements: The Brazilian Experience. Julho/2010, p. 5-6. Disponível em: <http://ideas.repec.org/p/fgv/eesptd/265.html>

DOS SANTOS, Jerônimo Jesus. *Termo de Ajustamento de Conduta*. Rio de Janeiro: Livraria Jurídica do Rio de Janeiro, 2006.

DRAGO, Bruno de Luca. Acordo de Leniência – breve estudo comparativo. *Revista do Ibrac*, São Paulo, v. 14, n. 6, 2007.

FARINA, Elizabeth M. M. Q. *Teoria Econômica, Oligopólio e Política Antitruste*. *Revista de Direito da Concorrência*, n.º 6, abr./jun., 2005.

FERRARI, Eduardo Reale. Termos de compromisso de cessação (TCC) e seus reflexos no crime de cartel. *Boletim IBCCRIM* n. 190 – Setembro / 2008.

FIUZA, Eduardo P. S., MOTTA, Ronaldo Seroa da. *Métodos quantitativos em defesa da concorrência e regulação econômica*. Tomo II. Rio de Janeiro, IPEA, 2006.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 2 ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. 27 ed. São Paulo,

Companhia Editora Nacional: Publifolha, 2000.

GABAN, Eduardo Molan. *Acordos de Leniência no Brasil* In Direito Empresarial - Questões Contemporâneas em Coletânea, São Paulo: ed. Singular, 2007.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex Editora, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2003.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. *Compromisso de Cessação e Compromisso de Desempenho na Lei Antitruste Brasileira*. In: GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula (Org.). *O Estado, A Empresa e o Contrato*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

HAMMOND Scott D. The US Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All. OECD Competition Committee Working Party n. 3. Outubro/2006. Paris/França. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>

\_\_\_\_\_. Measuring the Value of Second-In Cooperation in Corporate Plea Negotiations. The 54<sup>th</sup> Annual American Bar Association Section of Antitrust Law Spring Meeting. Março, 2006. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/215514.pdf>

HARRINGTON JR., Joseph E. How do Cartels Operates? 2006. Disponível em: <http://www.econ.jhu.edu/People/Harrington>

\_\_\_\_\_. Optimal Corporate Leniency Programs. 2008. Disponível em: <http://www.econ.jhu.edu/People/Harrington>

HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*. Harvard Univ. Press, 2006.

\_\_\_\_\_. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. West group, 1999.

\_\_\_\_\_. *Enterprise and American Law, 1836-1937*. Harvard Univ. Press, 1991.

IBRAC. *Relatório sobre Acordo de Leniência elaborado pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, 2008*. Disponível em: <http://www.ibrac.org.br/Evento.aspx?Id=16>

ICN. *Cartel Settlements*. Abril, 2008. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc347.pdf>

INGLÊS DE SOUZA, Ricardo. *Acordo de Leniência e o Combate a Cartéis no Brasil*. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Org.). *Desafios Atuais do Direito da Concorrência*. São Paulo: Editora Singular, 2008.

KRUGMAN, Paul, WELLS, Robin. *Introdução à Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007 - 2ª Reimpressão, p. 319.

LANDES, William M. *An Economic Analysis of the Courts*. *Journal of Law and Economics*, Vol. 14, No.1, p. 61-107. The University of Chicago Press, 1971. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/724858>

LANGLOIS, Richard N., ROBERTSON, Paul L. *Firms, markets and economic change: a dynamic theory of business institutions*. Elsevier Science B.V, 1996.

MOTTA, Máximo. *Competition Policy: Theory and Practice*. New York: Cambridge University Press, 12º Ed., 2009.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001

O'BRIEN Ann. "Cartel Settlements in the U.S and EU: Similarities, Differences, &

Remaining Questions”. 13<sup>th</sup> Annual EU Competition Law and Policy Workshop, Junho/2008, Florença/Itália, Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/235598.pdf>

OECD. Experience with Direct Settlements in Cartel Cases, in OECD Policy Roundtables, DAF/COMP(2008) 32. Disponível em: <http://www.oecd.org>

OECD. Brazil Peer Review of Competition Law and Policy. 2005. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/41/28/38835344.pdf>

OECD. “Plea bargaining/ settlement of cartel cases”, in OECD Series Roundtables on Competition Policy n. 69, (DAF/COMP(2007)38), 2007. Disponível em: <http://www.oecd.org>

OECD. *Fighting Hard Core Cartels – Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes – 2002*. Disponível em [www.oecd.org](http://www.oecd.org)

OECD. *Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels Under the National Competition Laws - 2002*, disponível em [www.oecd.org](http://www.oecd.org)

OCDE e IDB – *Política de Concorrência no Brasil – Uma Revisão pelos Pares – 2010*. Disponível em [www.oecd.org](http://www.oecd.org)

Política da SDE – Termo de Compromisso de Cessação de Prática em Cartel, 2008. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ9F537202ITEMID597B15F35E7043448D2E1D00D14E5804PTBRNN.htm>

POSNER, Richard A. Kelsen, Hadak, An The Economic Analysis of Law. Disponível em [www.nobel.se](http://www.nobel.se)

\_\_\_\_\_. Economic Analysis of Law. New York: Aspen, 2002.

\_\_\_\_\_. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial

Administration. The Journal of Legal Studies, Vol 2, No. 2, p. 399-458. The University of Chicago Press, 1973. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/724058>

ROBERT, H. Bork. The Antitrust Paradox - A Policy at War With Itself. 2 ed. New York, Free Press, 1993.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial - as condutas. São Paulo, Malheiros Editores, 2003.

\_\_\_\_\_. Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos). São Paulo, Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. Regulação e Concorrência - Estudos e Pareceres. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

\_\_\_\_\_. Direito Concorrencial - As estruturas. 2 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

\_\_\_\_\_. Regulação e Desenvolvimento. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

SBDP. Revisão Judicial das Decisões do Cade. Belo Horizonte: ed. Fórum, 2010.

Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. *Relatório de Gestão SDE 2008 (2009)*. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/DEPEN/main.asp?Team={DA2BE05D-37BA-4EF3-8B55-1EBF0EB9E143}>

\_\_\_\_\_. *Relatório de Gestão SDE 2009 (2010)*. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/DEPEN/main.asp?Team={DA2BE05D-37BA-4EF3-8B55-1EBF0EB9E143}>



Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Combate a Cartéis e Programa de Leniência*. 3 ed. Brasília, 2009.

\_\_\_\_\_. *Defesa da Concorrência no Judiciário*. Brasília, 2010.

SHIEBER, Benjamim. Abusos do Poder Econômico - Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos EUA, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1966.

SHUMPETER, Joseph A. Capitalismo, Socialismo e Democracia, Rio de Janeiro, editora Fundo de Cultura, 1961, 1 edição brasileira.

US Department of Justice. Corporate Leniency Policy (Augst, 10, 1993), disponível em <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>

US Department of Justice, Leniency Policy For Individuals (Augst, 10, 1994), disponível em <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0092.htm>

VASCONCELOS, Silvinha Pinto; RAMOS, Francisco de Sousa. Análise da Efetividade do Programa de Leniência Brasileiro no Combate aos Cartéis. Juiz de Fora: 2007, disponível em: [http://www.ufjf.br/poseconomia/files/2010/01/td\\_008\\_2007.pdf](http://www.ufjf.br/poseconomia/files/2010/01/td_008_2007.pdf)

VINCENTINI, Pedro C. E. A Confissão de Culpa nos Termos de Compromisso de Cessação: requisito essencial ou prescindível, face ao programa de leniência? Revista do IBRAC vol. 17 n . 1, Jan Junho 2010, p. 252.

WILLS, Wouter P.J. Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice. *World Competition*, 30 (1): 25-64, 2007

\_\_\_\_\_. The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles. *World Competition*, 31 (3): 335-352, 2008.

## **APÊNDICE A – Questionário aos membros da SDE e do CADE.**

1. Na sua opinião, qual o objetivo do Acordo de Leniência?
2. Na sua opinião, qual o objetivo do Termo de Cessação de Conduta (TCC) em matéria de cartel?
3. Na sua opinião, em geral, quais os principais fatores que levam um agente econômico a celebrar um Acordo de Leniência?
4. Na sua opinião, em geral, quais os principais fatores que levam um agente econômico a celebrar um TCC?
5. Quais são, em geral, os principais fatores que o CADE tem levado em consideração para celebrar um TCC?
6. Na sua opinião, a regulamentação atual do TCC implica em potenciais prejuízos ao programa de Acordo de Leniência? Se positivo, quais?
7. Na sua opinião, a despeito da regulamentação atual do TCC, a forma como o CADE vem aplicando este instituto jurídico tem desprestigiado o programa de Acordo de Leniência?
8. Há algum indício e/ou prova de que os agentes econômicos têm, estrategicamente, se utilizado mais dos TCCs em detrimento do Acordo de Leniência? Se positivo, esse fato é ou tem sido prejudicial à política brasileira de combate a cartéis? Por quê?
9. Há medidas que podem ser adotadas para aperfeiçoar os instrumentos que compõem a política de combate a cartéis brasileira (Acordo de Leniência e TCC)?

## APÊNDICE B – ENTREVISTA

Entrevistado: Olavo Chinaglia (**OC**)

Cargo: Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)

Entrevistador: Guilherme Teixeira Pereira (**GTP**)

Data: 22.07.2010

**GTP** - Hoje é dia 22 de Julho, e eu inicio aqui uma entrevista com o Conselheiro do CADE Olavo Chinaglia. Bom, Olavo, na sua opinião qual o objetivo do Acordo de Leniência?

**OC** - Olha, o Acordo de Leniência, ela é predominantemente uma ferramenta de investigação. Tendo em vista a dificuldade de obter uma prova direta da existência de cartéis, e toda literatura mostrando que, nestes casos, a prova econômica ou meramente inicial é insuficiente pra uma condenação, esse instrumento junto com outros como a busca e apreensões e escutas telefônicas, permitem que as autoridades de investigação direcionem seus esforços para aqueles casos em que a probabilidade de encontrar provas diretas é maior, e aí evidentemente o acordo de leniência tem um papel fundamental nisso porque viabiliza que alguém que participa da conduta indique para a autoridade onde encontrar essas provas e, enfim, direciona, torna mais eficiente todo o esforço de investigação. E enfim o objetivo fundamental é esse. Agora há também um objetivo mediato, que é por intermédio de uma investigação mais eficiente, tornar a aplicação da lei concorrencial mais efetiva, então, isso conjugado com esforços de comunicação estrategicamente estabelecidos, cria um ambiente que estimula o comportamento de acordo com a lei, previne a ocorrência de mais infrações e permite, evidentemente, uma repressão adequada quando a prática tiver configurada. E acho que o histórico recente do sistema vem demonstrando isso, a partir da utilização da leniência a quantidade de investigações aumentou e a qualidade das investigações também aumentou. Isso nos dá condição aqui no CADE de fazer uma aplicação rigorosa da lei, inclusive tomando medidas que contribuem para esse objetivo maior que é a aplicação da lei.

**GTP** - Ou seja, é um mecanismo de instrução mesmo. Os processos chegam melhores instruídos no CADE, muitas vezes quando há uma leniência.

**OC** - Exato. A investigação é melhor, as provas são mais contundentes e a aplicação da lei se torna mais efetiva. Tem que ter só presente que a o acordo de leniência não é um fim em si mesmo, até porque nem mesmo a defesa da concorrência é um fim em si mesmo, a concorrência é um valor instrumental pro bem estar geral da sociedade e existem situações em que a concorrência não

oferece uma solução tão efetiva pra sanar algum problema, eventualmente alguma falha de mercado, não por acaso que existem aí setores regulados em que muitas vezes é feito um sacrifício da concorrência em prol de uma universalização de serviços ou de qualquer outra...

**GTP** - Inclusive há situações que o cartel acaba sendo, vamos dizer assim, o próprio remédio pra um determinado setor.

**OC** - É, essa história de cartel de crise eu acho que é..., até hoje eu nunca vi um cartel de crise efetivamente oferecer uma solução para a crise, é na realidade um ajuste pra nego sobreviver, porque não foi capaz de antecipar os movimentos ao mercado e agir de forma eficiente, mais enfim a possibilidade teórica existe, eu só estou dizendo, assim, que o acordo de leniência não é uma panacéia, e em alguma medida o acordo de leniência também pode se revelar um instrumento não perfeito, é isso que eu to querendo dizer, e é claro que a gente tem que prestigiar esse acordo de leniência ou o programa de leniência, falando no sentido mais amplo, porque ele é de fato é um instrumento muito efetivo de investigação e aí é que eu acho que entra a sua segunda pergunta, que você quer, e eu estou vendo aqui no questionário: Quais são os objetivos do compromisso de cessação.

**GTP** – Isso, quais são os objetivos do compromisso de cessação?

**OC** - Em primeiro lugar, qualquer acordo no âmbito de um processo administrativo sancionador, representa um, por exemplo, como digo, deve buscar um equilíbrio entre o interesse da sociedade em reprimir o comportamento tido como lesivo a um determinado diploma normativo, isso não se aplica só ao direto da concorrência, mas em qualquer esfera.

**GTP** - A cessação da conduta é um ponto fundamental.

**OC** - Então, exatamente, há uma presunção que por meio do acordo, o objetivo principal da atividade repressiva do estado que é fazer cessar a conduta vai ser alcançada de forma mais direta. Então se existe uma infração e ela causa dano à sociedade, esse dano é estancado desde logo no momento do acordo, e é, vamos dizer, a voluntariedade do investigado em cessar a sua conduta, ele torna dispensável, enfim, praticamente, elimina a possibilidade e a necessidade de que uma eventual sanção aplicada nesse mesmo agente seja debatida durante anos no judiciário e enfim, enquanto isso a sociedade continue sendo prejudicada por aquela conduta, quer dizer, você faz um acordo, o administrado recebe vamos dizer, algum tipo de contraprestação, seja sobre a forma de uma..., eu não queria falar sansão, mas no fim das contas não adianta usar nenhum eufemismo. Quando o administrado faz um acordo e no caso de Cartel ele é obrigado a fazer uma contribuição pecuniária ao fundo de direitos difusos, a expectativa dele é de pagar menos do que pagaria se fosse condenado, não

dá pra dourar muito a pílula nesse sentido. Então é esse *trade off* que se busca entre uma tutela efetiva do interesse da coletividade iniciada pela proteção da concorrência e, assim, algum reconhecimento de que esse esforço do administrado em, digamos, recompensar ou compensar o dano que ele causou merece ser prestigiado ou premiado em alguma medida, seja por meio de uma sanção menor, seja por meio de algum tipo de benefício que ele aufera pela suspensão e posteriormente o arquivamento do processo se todas as obrigações do TCC forem cumpridos. Então, eu diria que o TCC é um instrumento de efetividade na aplicação da lei concorrencial, ele tem esse condão de eliminar discussões sobre proporcionalidade, razoabilidade, enfim, quando se chega ao acordo ele vai simplesmente ser cumprido e aí todos ganham. A sociedade porque, enfim, deixa de se submeter aquela conduta danosa, o administrado porque consegue suspender o processo administrativo, o custo do acordo tende a ser menor pra ele. É claro que o acordo com a Administração, em particular com compromisso de cessação, também não pode ser utilizado como instrumento pra fomentar a impunidade, ou em outras palavras, a juízo de conveniência e oportunidade da Administração é importante que o compromisso de cessação não seja tão brando a ponto de incentivar comportamentos anticoncorrenciais. O histórico mais antigo do CADE mostra muito bem isso, o CADE tinha um desespero, quase, em firmar um compromisso, que muitas vezes ele acabava premiando o abuso de poder econômico. Me parece que nos últimos anos isso vem mudando também em função de que ao se constatar no caso específico de cartel essa influência do compromisso de cessação em relação ao programa de leniência, inevitavelmente chegou à conclusão de que era necessário endurecer a negociação e as posições no compromisso de sanção.

**GTP** – Estabelecer critérios de forma um pouco mais objetiva que também não deixasse, vamos dizer assim..., claro que cada acordo se aplica há um caso concreto, porém...

**OC** - O que eu estou querendo dizer é o seguinte, seja qual for o critério, sejam quais forem as condições elas tem que ser piores para o administrado do que as condições impostas pro leniente, é exatamente pra estimular os partícipes de um cartel a procurar a Secretaria de Direito Econômico antes de procurar o CADE pra fazer acordo, é claro que isso nem sempre acontece, há caso que não há leniência e ainda assim se faz proposta de acordo de cessação, de compromisso de cessação, e aí de novo toda equação envolve as mesmos variáveis, é, interesse público, vantagens para a administração em suspender a investigação e a contrapartida adequada por parte do administrado, que não seja tão alta a ponto de desestimular ou inviabilizar qualquer acordo, mas nem tão baixa a ponto de incentivar o comportamento oposto que é, praticar infração à ordem econômica na expectativa de que se instaurado o processo, ele vai se resolver sem custo muito alto por intermédio de um acordo.

**GTP** - Então vamos pra próxima. É, na sua opinião, em geral, quais os principais fatores que levam um agente econômico à celebrar um acordo leniência?

**OC** - Eu vou lhe responder a você, conjugadamente, essa e a próxima “Os fatores que levam a celebrar um TCC ou um acordo de leniência”

**GTP** - Ok

**OC** - Veja, eu acho que não tem como extrair uma regra. No caso de acordo de leniência, evidentemente, é o receio de vir a ser descoberto e ser punido e, às vezes, temperado com alguma questão pessoal envolvendo, por exemplo, a pessoa física que tinha sido demitida pela empresa que participou do Cartel e que quer, de alguma maneira, se vingar. Quer dizer, a motivação a rigor ela é irrelevante. A motivação do administrado. Irrelevante no que toca ao juízo da administração sobre a conveniência e oportunidade de celebrar o TCC, ou desculpa, o acordo de leniência. E, mesmo em certa medida vale para o compromisso de cessação. O que deve ser observado seja pela SDE, no caso leniência, seja pelo CADE, em se tratando de compromisso de cessação, é se o interesse público associado à defesa da concorrência vai ser adequadamente tutelado por intermédio desse acordo. Então, dá pra citar um exemplo de situações em que a investigação se encontra numa situação sem muito rumo, quer dizer, não foram encontradas evidências diretas que pudessem nortear o aprofundamento dessas investigações, a aderência vem exatamente para jogar luz nessa situação, e permitir que a SDE construa o caso de maneira adequada. Da mesma maneira, quando o compromisso de cessação é proposto no CADE, o que se vai verificar é se convém, em que medida as contrapartidas oferecidas pelo administrado endereçam adequadamente todas preocupações que a gente tem aqui, tanto no sentido de evitar subpunição, de, eventualmente, contribuir com as investigações ainda que elas estejam em curso, quando elas ainda estiverem em curso e assim por diante. De novo. Os elementos fundamentais..., assim..., os aspectos subjetivos que motivam, em particular, a procurar a administração para celebrar qualquer tipo de acordo, no limite são assim, não são e não devem ser levados em consideração se a gente..., até mesmo porque cada administrado pode ter uma motivação própria e o que a gente defende o tempo inteiro, seja no que diz respeito à leniência, seja no que diz respeito ao compromisso de cessação, é o estabelecimento de critérios objetivos. A legislação traz alguns desses parâmetros, alguns desses critérios. As resoluções do CADE, da SDE, também, mas também o dia a dia e o acúmulo de experiência servem para moldar os acordos futuros, então os parâmetros utilizados em acordos anteriores normalmente vão servir como referência pra celebração dos acordos futuros. Se a gente fosse olhar pra os aspectos subjetivos de cada administrado que procura um acordo, seria praticamente impossível estabelecer uma linha objetiva de tornar-se a utilização desses instrumentos algo efetivamente neutro e eficiente.

**GTP** - Agora eu lhe pergunto, no caso da leniência, a questão da imunidade? No caso do TCC, uma eventual, enfim, multa um pouco mais reduzida e também o fato de a empresa não ter uma condenação em matéria de cartel, ou seja, para o mercado, não haverá, vamos dizer assim, uma mácula na integridade da empresa? Você acha que esses são fatores que são levados em consideração na celebração desses instrumentos?

**OC** - Eu suponho que sim, suponho que sim, no caso da imunidade não há dúvida, a pessoa que faz leniência recebe a garantia de que não vai para cadeia, pelo menos, ou, eventualmente, que não vai ter que botar a mão no bolso, evidente que isso é um atrativo. No caso de compromisso de cessação, preservar imagem, enfim, são todos aspectos importantes. Mas eu volto a evidenciar o motivo pelo qual o administrado procura a administração, é evidente que tem que ser levado em consideração no momento da negociação, mas não é determinante, muito pelo contrário, até porque, aquela história, se a motivação pessoal fosse determinante, a pessoa que acha que está doente, que não vai durar muito tempo e quer espiar os seus pecados aqui na terra, vai querer perdão divino de tudo, e não é assim que tem que funcionar.

**OC** – Continuando aqui na pergunta 5, quais são os principais fatores que o CADE tem em levado em consideração para celebrar um TCC?

**GTP** - Isso em geral, entendeu? Só pra ter uma noção. Pra ver se já é possível vislumbrar se já se está construindo no CADE, vamos dizer assim, alguns elementos mais objetivos possíveis, entendeu? Pra se formatar uma celebração de TCC. Inclusive do ponto de vista procedimental, me parece que já foi uma inovação, aqui do conselho, a questão da constituição daquela comissão de negociação...

**OC** – Isso. A comissão tem dois objetivos principais, primeiro é criar um corpo técnico especializado na negociação, ou seja, que domine técnicas de negociação, visando conseguir o melhor resultado do ponto de vista da administração. Melhor resultado não significa achacar as empresas, obrigar que elas façam contribuições pecuniárias, necessariamente, muito grandes, etc,. Mas significa, quer dizer, uma vez que tenha sido estabelecido pelo conselheiro relator, normalmente em contato com os demais conselheiros, quais são as condições mínimas aceitáveis para que aquele acordo seja conveniente e oportuno sobre o ponto de vista de administração, a comissão vai então utilizar técnicas de negociação pra tentar alcançar esse resultado. Claro que, assim, durante a própria negociação muitas vezes é necessário fazer uma sintonia fina, né? Desses objetivos, né? Enfim..., parte da preparação deles é também ter essa sensibilidade até onde dá pra avançar, se dá pra insistir em certo ponto, se não dá, porque da mesma maneira que a idéia é aumentar a probabilidade de se alcançar um acordo, por outro lado, o acordo num é um fim sem mesmo, a gente tem que pensar nele sempre como uma ferramenta de efetividade na aplicação da lei. E acho que o fator principal que leva o CADE a celebrar um acordo é,

exatamente, constatar, diante das circunstâncias dos casos concretos, que os termos que foram negociados, realmente endereçam as preocupações concorrenciais, atendem ao interesse público, e equacionam de uma maneira adequada ou mais adequada até do que seria a hipótese de uma eventual condenação, a questão, o problema convencional posto. Por outro lado, se não se chegar a um acordo, enfim, não necessariamente o agente vai acabar no fim do processo sendo condenado. Aí é muito difícil formular uma hipótese objetiva e abstrata porque, enfim, cada caso tem as suas especificidades. Mas como princípios, eu acho que os princípios a gente já pode anunciar, o acordo ele tem que ser suficientemente duro pra que o culpado não se sinta impune, e, tem que desestimular, em certa medida, aquele que não tem culpa, a propor a sua celebração, pelo seguinte: é óbvio que o custo do processo representa ônus, não só em termos financeiros, mas em termos de imagem, mas uma decisão final pela não condenação tem um efeito de resgate da imagem muito maior do que a celebração de um acordo. Aos olhos da opinião pública, quem vem e paga contribuição pecuniária para o Fundo de Direitos Difusos é porque tem culpa no cartório sim, ainda que a gente saiba que tem certas situações em que isso não precisa ser, necessariamente, verdade. A coisa é ainda mais evidente quando se trata de um compromisso de cessação precedido de acordo de leniência na SDE. Aí a situação é, aí não tem a hipótese de o acordo contemplar um inocente, até porque a confissão de culpa é exigência obrigada, é que quer dizer, é requisito obrigatório.

**GTP** - Quando já há a leniência.

**OC** - Quando há a leniência, então é o acordo ele tem que ser menos grave do que uma condenação, mas não tão menos grave assim, ao ponto de o compromissário não se sentir efetivamente punido, e é evidente que esse acordo tem que ser mais duro para o administrado do que um acordo de leniência, é aquilo que eu falei, na correlação entre os dois institutos, a leniência tem, digamos....., a coisa tem que ser sistematizada de forma de que a melhor alternativa para o administrado seja a leniência. A segunda melhor seja fazer o compromisso de cessação. A terceira melhor seja fazer o segundo compromisso de cessação, e assim por diante até que a pior das hipóteses tem que ser da condenação. E não por acaso que os patamares de contribuição têm sido elevados, a gente já chegou a condenar aqui, por exemplo, o cartel de areia, em percentual de 25% do faturamento bruto da empresa no ano anterior ao da operação, o que é muita coisa.

**GTP** – Está girando em torno dos últimos anos a partir de 20%.

**OC** - Em hipótese de condenação. A gente tem, digamos como um patamar mínimo como referência, 15%, mas não fica nisso. Se for pra condenar vai ser de 20% pra cima por conta de todas as agravantes que sempre acabam sendo constatadas no caso. Por isso que um acordo que varia na faixa de 12 até 20%,



dependendo das circunstâncias tende a ser mais vantajoso para o administrado quando, evidentemente, existe a leniência. Quando não existe, aí talvez o patamar das contribuições possa cair um pouco porque aí é..., não necessariamente não vai ter confissão de culpa, eventualmente pode haver uma contrapartida de colaboração de investigações que não tão ampla quanto a da leniência, mas suficientemente interessante pra tornar útil aquele acordo, é assim., é aquela hipótese, vamos imaginar assim, não há leniência, e foi feita busca e apreensão e os documentos apreendidos acabaram sendo lacrados por liminar judicial. Se a empresa que conseguiu a liminar vier a juízo, “vender essa liminar”, assim: “eu abro mão da ação e em troca vocês vão ter acesso a esses documentos”. Pode ser interessante. É lógico que não é pra criar um mercado de liminares.

**GTP** - Agora dentro desse contexto, eu lhe pergunto, a iniciativa do acordo ela pode ser tanto do CADE como do administrado? Ou tem que ser, exclusivamente, pelo administrado? Há alguma vedação a isso em termos legais? E se não há o que se tem verificado no CADE? Porque o que eu vislumbro é em situações nas quais o processo não esteja bem instruído, como esse, por exemplo, e aí seja interessante, eventualmente, para o próprio CADE fazer um primeiro TCC com o objetivo de tentar instruir melhor o processo.

**OC** - Então, de fato as duas hipóteses existem, elas já aconteceram. Muitas vezes, o CADE sinaliza para o investigado que poderia ter interesse na celebração de um acordo, enfim, é aquela história, uma sondagem preliminar pra saber se existem denominadores comuns que possam resultar num acordo final, e aí, enfim, o processo avança. Formalmente o que dá início ao processo de negociação é a apresentação da proposta pelo administrado, a primeira proposta, vamos dizer assim, é sempre do administrado, ainda que a proposta tenha sido motivada por uma sinalização do conselheiro relator. E está no próprio regimento, embora o regimento não fale em sinalização, etc, quando o interessado tiver interesse, quando o representado tiver interesse em celebrar o compromisso de cessação, ele deve apresentar a proposta do termo ao CADE. O artigo 129 do regimento fala que a proposta tem que ser apresentada pelo administrado.

**GTP** – Justamente, daí o porquê do meu questionamento, como a regulamentação fala expressamente de proposta do administrado, e eu também vislumbro essa possibilidade, ou seja, na realidade um processo chega ao CADE sem uma leniência, ou até com uma leniência, mas que não se tenha conseguido perquirir, vamos dizer assim, processos suficientes pra instruir bem o processo, e o CADE vislumbra que um eventual TCC com um dos representados possa ser útil e ai ele próprio toma essa iniciativa...

**OC** – Sem dúvida. Enfim, e isso acontece. E isso vale não só pra TCC, vale também para compromisso de desempenho em casos de atos de concentração, vale para os casos de acordo de preservação de reversibilidade de operação, que

são os APROs, enfim, para todas as negociações no âmbito do CADE a sinalização pode partir do conselheiro relator.

**GTP** – Então a gente já pode passar para a sexta pergunta. Na sua opinião, a regulamentação atual do TCC implica em potenciais prejuízos ao programa do acordo de leniência? Se positivo, quais?

**OC** - Eu acho que é pelo contrário, na realidade. Mas mais do que a própria regulamentação é como o CADE aplica o instituto é que vai fazer toda a diferença. E aí é o que eu acho que a gente tem tido essa preocupação e tem conseguido endereçá-la bem, mesmo nas hipóteses que a SDE foi contrária a celebração do acordo. Ela pode ser ouvida pelo CADE, não é obrigatório, não é nem obrigatório que ela seja consultada. Até por uma questão para manter um bom relacionamento institucional entre os órgãos, normalmente se conversa com o SDE, a gente tenta saber deles o que poderia ser extraído do acordo que seria útil pra ele na investigação e assim vai. Mas já houve casos, inclusive casos, que são considerados como grandes vitórias para o CADE, como TCC da Whirpool, em que o parecer da SDE foi contrário. Por conta de filigrana, assim, com todo respeito a SDE, me parece que eles erraram de forma grosseira nesse caso. Mas, assim como erraram em outros casos também, da mesma maneira que nós cometemos erros. Agora mesmo neste caso o acordo foi tão bem costurado que não criou..., esse acordo está virando um paradigma de negociação. Sempre assim, muitas negociações têm tomada a estrutura do acordo do Whirpool, como uma referência inicial a partir da qual se trabalhe em cima. Outro caso também que a SDE chegou a dar parecer contrário, não sei agora, não me lembro exatamente em qual dos casos, mas e um dos TCC's, no processo das mangueiras marítimas, a SDE deu parecer contrário. E aí, nessa hipótese o erro me parece até mais evidente, porque não só o acordo foi bem feito como motivou a celebração de acordos subsequentes. O pessoal percebeu que ou vamos fazer um acordo ou vamos tomar uma trauletada grande.

**GTP** - Bom então eu acho que aí as perguntas 6 e a 7 justamente já foram.

**OC** - É, e assim, o legislador e o CADE, quando fez o seu regimento, foram muito criteriosos, em estabelecer requisitos objetivos mais severos pra celebração do TCC em caso de cartel...

**GTP** – É, me parece que um dos pontos básicos que o legislador procura deixar claro, é uma diferença de quadros em que quando há acordo de leniência e quando não há acordo de leniência.

**OC** – Se bem que isso não é legislação, isso é regimento.

**GTP** - É regimento, é desculpa.

**OC** - O que a legislação faz é o seguinte: TCCs de condutas unilaterais, o CADE entende que faça como entender melhor. O TCC de cartel vai ter que ter contribuição pecuniária, vai ter que ter isso, aquilo. O CADE foi além, falou assim: se tiver que ter TCC em cartel quando houver leniência, o compromissário vai ter que confessar e vai ter que, assim..., confissão que não é aquela coisa genérica, que não serve pra nada, vai ter que dizer exatamente o que fez e quando fez, como fez, e assim por diante.

**GTP** - Ok, Bom então a gente passa pra pergunta 8. Há algum indício, e/ou prova de que os agentes econômicos têm, estrategicamente, se utilizado mais dos TCC's em detrimento do acordo de leniência? Se positivo, esse fato é ou tem sido prejudicial a política brasileira de combate a cartéis? Por que?

**OC** - Não tenho nenhuma informação nesse sentido, ao contrário, até agora são quase 2 anos de mandatos, eu só tenho informação de um caso em que foi proposto o acordo, o compromisso de cessação, mesmo não tendo, não havendo acordo de leniência. Quando se propõe compromisso de cessação como regia é porque já existe uma leniência antes.

**GTP** - Entendo. Entendi.

**OC** - Porque aí há aquela história, as empresas sabendo da existência de um acordo de leniência, imaginam que a probabilidade de condenação aumenta muito, e aí vem propor o acordo com o rabo entre as pernas, enfim, o CADE nessas hipóteses tem que extrair das empresas o máximo, algo mais próximo possível do que seria a de uma efetiva condenação.

**GTP**- Ok. Por último, para a gente finalizar. Na sua opinião, você acha que há medidas que podem ser adotadas para aperfeiçoar os instrumentos que compõem a política de combate a cartéis brasileira, o acordo de leniência e TCC? E entenda aqui como uma pergunta de forma ampla, por exemplo, você trouxe aí na nossa conversa, uma prática que me parece que existe não obstante a legislação não exigir, de conversa, diálogo institucional entre o CADE e a SDE, normalmente, quando vai se celebrar TCC's. É, por exemplo, você acha que uma medida no sentido de tornar isso como uma via obrigatória sempre que existir o TCC, esse diálogo, por exemplo? Você acha que isso é uma medida que pode aperfeiçoar? Que pode melhorar? Enfim, e obviamente, na sua opinião, o que é que você acha que, eventualmente, possa ter como medidas pra melhorar esses institutos, e a aplicação desses institutos pelos órgãos do Sistema Brasileiro de defesa da Concorrência?

**OC** – Veja, esse diálogo institucional, ainda que não seja obrigatório, pelo menos que ele não seja obrigatório em determinados momentos do processo, ele precisa existir, não há como funcionar sem que exista esta conversa. O CADE não conseguiria exercer suas atividades se não tivesse em permanente contato com SDE, da mesma maneira que a SDE, ficaria jogando fora dinheiro público, se não

levasse em consideração os posicionamentos consolidados do CADE no momento de fazer as investigações. É, ouvir a SDE em relação um determinado tipo de acordo, ou não. Confesso que assim, eu acho que não deveria ser obrigatório, e é bom que não seja, porque, muitas vezes, a proposta de acordo vai chegar aqui e vai ser descartada de plano, de imediato. Ficar ocupando a SDE, dando parecer em negócio que a gente sabe que não vai aceitar, e a gente não..., como regra, não celebra o acordo antes de ouvir a SDE. Podemos ter opinião divergente, mas enfim, é natural num sistema de instância de um órgão colegiado, e tudo mais. Eu acho mais importante, o que realmente falta no sistema de defesa da concorrência, e eu não sei até que ponto o Projeto de Lei resolve a questão, é uma coordenação maior no momento de fazer planejamento estratégico de cada agência. A SDE toma as decisões sobre onde ir, investir recurso, de que maneira, sem dar a menor satisfação para o CADE, ou se dá é para o presidente, e o presidente também não nos reporta, embora devesse. A verdade é que, da maneira como a coisa está hoje, o bom funcionamento do sistema, e eu acredito que ele funcione bem, ainda depende muito da boa vontade das pessoas que ocupam os cargos. Porque se resolvessem fazer guerrinhas de ego, guerrinhas de espaço, aí ia ser o fim do mundo. Por mais que existam tensões no sistema, e sempre vai existir, o CADE, o sistema, eu acho que no geral funciona bem, considerando a estrutura que dispõe, os recursos. A gente consegue fazer bastante com pouco. Claro, sou suspeito para falar porque estou aqui do lado de dentro né? Mas sempre eu era crítico, a gente comete muitos erros, e acho que uma coisa que eu venho reiteradamente, dizendo, para quem quiser ouvir, é assim: Existem duas coisas que eu acho que a SDE precisaria refletir melhor, sobre como fazer. Primeiro lugar, os esforços de comunicação que a SDE faz endereçado ao grande público, eu acho que são, na melhor das hipóteses, inócuos. Porque, o quê que acaba acontecendo: A SDE vai, faz o gibi, faz panfletagem em aeroportos, as pessoas recebem aqui e falam “nossa, que legal eu tenho um lugar pra me socorrer quando eu perceber que está alguma coisa estranha em algum mercado”. Aí a pessoa vai passa num posto de gasolina e ver o preço do combustível há um determinado valor, aí, vai no vizinho, e está o mesmo valor, claro que quando está o mesmo valor ou está muito próximo, a diferença de centavos, aí tem cartel. Aí faz a denúncia para a SDE. A SDE, por força de lei, é obrigada a receber a denúncia e dar encaminhamento à denúncia, ela não pode simplesmente descartar aquela senhora, mero paralelismo de preço no mercado em que a estrutura de custo é muito parecida não é evidência suficiente. Ela tem que dar todo encaminhamento. E o quê que acaba acontecendo? Ela recebe uma enxurrada de denúncias, são 200 por semana, e não consegue dar vazão.

**GTP** - A qualidade da denúncia não é...

**OC** – A qualidade da denúncia é ruim. São 200 de postos de gasolina, por semana. Começa a fazer decisão ruim, instrução deficiente, e deixar um monte de casos prescrever. Aí a credibilidade do sistema é que acaba comprometida, a pessoa que esperava ter uma resposta positiva, diz assim: Pô os caras deixaram

meu processo dormindo 5 anos lá? Não serve pra nada isso, e não vai fazer outra denúncia. Então, o esforço de comunicação está mal direcionado, eu acho assim, a melhor forma de educar é aplicando a lei. Então tem que pegar aqueles casos importantes, estratégicos, e priorizar, e ficar em cima, e vai para o judiciário, e fica em cima do juiz para dar uma decisão logo. Não fica procurando geladeira aberta achando que vai ter um holofote lá dentro para dar entrevista. Enfim, esse é um aspecto, quer dizer, a estratégia de comunicação tem um efeito não só em termos da qualidade das decisões, mas em termos da imagem da própria SDE, porque gera um volume de trabalho que a SDE não tem estrutura para dar conta. Então não adianta fazer propaganda para depois não conseguir. É pior. Então que se faça menos propaganda e que se invista mais na análise dos casos. E aí, é uma outra, vamos dizer, é uma outra estratégia que eu, em alguma medida, contesto. É verdade que cartel é uma infração. Até hoje ninguém conseguiu provar um único efeito positivo decorrente de um cartel. Então evidentemente que ele tem que ser combatido, e é por isso que ele é tido como a mais grave das infrações à ordem econômica. Mas se agente for pensar bem, os processos de cartel, até porque não tem muita discussão se é bom ou se é ruim, é ruim e ponto. Esses problemas não são muito sofisticados do ponto de vista antitruste. É uma questão policalesca mesmo. Tem prova ou não tem. Se tem prova vamos descer a lenha. Enquanto que por outro lado, existem condutas unilaterais que têm um potencial anticompetitivo menos evidente, mas que talvez no seu agregado cause um dano maior à sociedade do que os próprios cartéis. Na verdade quando uma AMBEV, eu não gosto de citar a AMBEV porque todo mundo cita a AMBEV como o parâmetro ou o exemplo de grande empresa que comete conduta anticompetitiva e isso poderia indicar um pré-julgamento, uma indisposição em relação à AMBEV, e não é o caso. A Microsoft então, se resolver lá adotar uma estratégia pra excluir competidores do mercado, elevar preços, etc., e for bem sucedida, ela sozinha causa um dano tão grande quanto um cartel, dada a sua participação no mercado. E aí a gente vai pensar: O que é mais grave então? Se é um só causando um dano, ou se esse dano depende de um acordo, reunião de esforços. Até filosoficamente essa prioridade absoluta ao combate aos cartéis é contestável. Filosoficamente, axiologicamente. Eu acho que a SDE deveria olhar mais, e com mais cuidado, para condutas unilaterais também. É claro que conduta unilateral não dá tanto ibope. Ninguém imagina dia nacional de combate a preço predatório, ou estratégia nacional de combate à exclusividade, ou a venda casada, ou sei lá o quê.

**GTP** – Aí a coisa do cartel, a OCDE também abraçou essa causa, procurando cooperações internacionais, que virou, vamos dizer assim, clichê..

**OC** – É exatamente um clichê. Mas veja, tanto na OCDE quanto na ICN, na International Competition Network, o volume de trabalho que move cartel e que move outras práticas, o que move outras práticas é muito maior. É aquilo que eu falei, não tem o que discutir em matéria de cartel. Quando muito é estratégia de investigação, técnicas de investigação ou de negociação, se deve ou se não deve

fazer acordo, qual o problema do acordo versus leniência. Mas assim, é uma discussão que se repete, ela se reproduz mundialmente.

**GTP** – Ou seja, é uma questão muito mais de se aparelhar do ponto de vista de viabilidade de investigação e colheita de provas do que, vamos dizer assim, de análise técnica...

**OC** – Isso. De aprofundamento conceitual. O Calixto fala com todas as letras que faz 40 anos que não surge nada de novo no mundo antitruste. Se isso é verdade, tem 80 anos que ninguém fala nada de novo em matéria de cartel. Assim, é isso, não que eu ache que o papel das autoridades seja produzir conhecimento, não é isso. Tem que combater mesmo o abuso de poder econômico no sentido amplo. Mas esse é o ponto. Abuso de poder econômico não se limita a acordo entre competidores. Você tem outras formas mais sofisticadas, e, portanto, que demanda técnicas e fundamentos mais sólidos para serem combatidos. E eu tenho pra mim que no agregado o efeito das condutas unilaterais é maior do que a dos cartéis.

**GTP** – E se agente for ver hoje, claramente, e expressamente como uma política prioritária pública da SDE é combater cartéis.

**OC** – Desde 2003. Pegue um exemplo. A gente acabou de sair de uma reunião agora do caso da Oi BRT em que se discutiu o efeito cascata da tarifa de interconexão com as redes de telefonia móvel, a tal da VUM. Esse processo ficou 4 anos parado lá na SDE, e ele é fundamental. Porque há apuração de que cada dona das redes móveis cobra muito caro pelo acesso às suas redes. Em fim, eu não tenho opinião formada sobre o caso ainda, mas se for verdade, imagina o efeito cascata. Isso faz com que o preço do celular fique mais alto, o preço da telefonia móvel fique mais alto, porque quando se liga do fixo para um celular você tem que pagar essa VUM. Acesso a internet fica mais caro porque isso precisa de uma plataforma de telecomunicações. Quer dizer, é setor estratégico mesmo, e aí, enquanto isso, a SDE faz o quê? Ela vai pegar o cartel de taxista, cartel de padaria, não sei, em fim, eu não quero ficar citando exemplo, mas assim é evidente que é uma questão de prioridade.

**GTP** – A prioridade deles é expressa.

**OC** – Sim. Fazia todo sentido quando no momento em que a prioridade foi estabelecida que ela o fosse. Mas o que eu estou dizendo é que talvez seja o momento de fazer uma reflexão, e quem sabe, dosar um pouco a questão das prioridades. E aí esse diálogo, voltando a sua pergunta, esse diálogo que a gente não tem a oportunidade de fazer. Porque não há obrigação legal, e as pessoas que estão nos postos, os interlocutores chave desse processo não abrem espaço para que isso aconteça.

**GTP** – O Projeto fala em o CADE e a SDE virar um órgão só.

**OC** – É mais aí é que está. Eu digo que o projeto não resolve porque embora tudo fique fazendo parte de uma mesma estrutura, vão ser instâncias distintas com prioridades distintas, sabe. O tal do Superintendente Geral vai poder fazer tudo o que ele bem entender, e o plenário do CADE não vai ter..., o que vai ser o Tribunal de Concorrência..., não vai ter muito que contestar. Não existe um Conselho do Sistema de Defesa da Concorrência que tome as decisões sobre prioridades, cada um vai fazer o que bem entender. Então esse é o grande gargalo do sistema de multi-agências e que, pô, não é problema nenhum você protocolar três vias em três lugares e fazer malote de um lugar para o outro. Não é isso que atrapalha.

**GTP** – O que eu, como uma pessoa de fora, e aqui na condição de um pesquisador, percebo, é que não obstante serem órgãos de um mesmo sistema, não são sistemas diversos, como, por exemplo, um conflito institucional que você tenha entre o CADE e uma agência reguladora, entre o CADE e o Banco Central, mas não, são dois órgãos de um mesmo sistema, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, e que nitidamente, ao olhar como pesquisador de fora, percebo que há, no mínimo, uma dificuldade de uma interlocução em prol da eficiência do próprio sistema.

**OC** – Sem a menor dúvida. E aí vai um testemunho. Não foi por falta de esforço nosso. Tentamos inúmeras vezes. Os conselheiros se organizaram inúmeras vezes para tentar esse diálogo, e nunca se conseguiu implementar de uma maneira consistente, institucional sabe, periódica.

## APÊNDICE C - ENTREVISTA

Entrevistado: Diego Faleck (**DF**)

Cargo: Chefe de Gabinete da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.

Entrevistador: Guilherme Teixeira Pereira (**GTP**)

Data: 23.07.2010

**GTP** – Hoje é dia 23 de julho, eu inicio aqui a entrevista com o Dr. Diego Faleck, Chefe de Gabinete da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Na sua opinião, qual o objetivo do Acordo de Leniência ?

**DF** – Bom, é uma pergunta um pouco ampla, mas o acordo de leniência, agente chama da menina dos olhos de um programa de combate aos cartéis, ele tem se provado não só no Brasil, mas no mundo inteiro, ele surgiu na Itália, acho que você deve ter pesquisado isso, como um método muito eficaz, porque os cartéis são difíceis de detectar, normalmente, os participantes sabem que estão fazendo um ilícito, escondem bem as provas, e esse sistema do acordo de leniência ele se vale aí dessa instabilidade, e dá um benefício para que, digamos assim, em troca dessa imunidade criminal e administrativa, você consiga dismantelar um cartel que tem um impacto muito danoso para a sociedade. Então, é essa avaliação aí de que vale a pena você perdoar, para você conseguir dismantelar um cartel maior. Então, eu acho que dado a dificuldade que nós temos de conseguir detectar e ter provas de cartel, o acordo de leniência é uma ferramenta muito importante.

**GTP** – Ou seja, é uma ferramenta para se melhorar uma instrução de um processo.

**DF** – É, e é investigação de cartéis.

**GTP** – E na sua opinião, qual o objetivo do Termo de Cessação de Conduta em matéria de cartel?

**DF** - Eu acho que também é... Ele tem um papel de também cortar esse custo de transação, já que a empresa está sendo investigada, ela vem, confessa e colabora com as investigações, também encerra e paga. Eu acho que o TCC além de ser uma boa opção para a empresa, que ela vira a página, apaga, ela também é muito boa para o poder público, porque você corta custos, os custos da investigação, você antecipa já o resultado do processo, e você tem a colaboração. Realmente é uma situação que trás benefício para todos quando a



empresa sabe que ela foi detectada, que tem provas contra ela. Que a chance de defesa dela, o que ela vai fazer é gastar mais dinheiro e protelar algo, então para ela isso também talvez seja interessante.

**GTP** – Então, o acordo de leniência teria a função, digamos assim, de instaurar um processo, e colher provas para instruir esse processo, enquanto que o TCC é um instrumento que se utiliza quando já há um processo, e, eventualmente, para se por fim, vamos dizer assim, ao processo em relação a determinado administrado, seria isso? Por meio de um acordo.

**DF** – Certo. Por isso que o acordo de leniência tem que ser mais atraente em termos de política do que um TCC. Por isso que nós advogamos na SDE, e as melhores práticas mundiais mostram que, por exemplo, um acordo, um TCC tem que requerer confissão de culpa, e tem que requerer efetiva colaboração. Porque no acordo de leniência, você tem a imunidade total administrativa e criminal, automática. Você sabe que o MP assina junto. Agora, no TCC, você tem que fazer a contribuição pecuniária, você tem que lidar com a questão criminal, e enfim, deve-se ter também a confissão de culpa e a colaboração, porque a colaboração é muito valiosa. Ainda existe algum debate sobre essa questão da confissão de culpa, porque as vezes a contribuição pecuniária nem é o maior problema da empresa, as vezes, é a confissão de culpa por causa das ações privadas de cartel. Então, a idéia é que o acordo de leniência, com a política de combate aos cartéis, seja mais atraente, porque se não a empresa tem o incentivo a esperar que alguém venha, e ela vem e faz o TCC, isso é perverso para o sistema.

**GTP** – Na sua opinião em geral, quais os principais fatores que levam um agente econômico a celebrar um acordo de leniência?

**DF** - Acho que primeiro é o risco de saber que ele pode ser detectado, dele ser pego. Em segundo, é saber que vai existir uma sanção severa. E o terceiro, é poder confiar em um programa que seja transparente, que tenha segurança jurídica. Esses são os três grandes elementos que fazem com que uma empresa tenha os incentivos para procurar. O que a gente ver hoje em dia nos cartéis internacionais, e com a atuação da SDE que está sendo expandida, as empresas já criam esse... São vários cartéis que existem que são internacionais, e quando alguém faz um acordo lá fora um *plea agreement* a gente já fica sabendo, já monitora, a gente já sabe que o produto vem pro Brasil, cria uma instabilidade. Então, as vezes até cartéis internos, quando uma empresa contra outra. Então, você tem varias situações que isso emerge. Então, ela sabe que pode ser pega, quando ela sabe que o CADE está cada vez mais severo com as suas multas, a gente está vendo esse movimento numa multa de 350 milhões à AMBEV super recente, foi uma conduta unilateral, mas que sinaliza. E o que a gente vem trabalhando com as nossas cartilhas e com a disseminação do programa, com um histórico, a gente já tem 17 acordos celebrados, existe mais

um bom número de acordos em negociação, quer dizer, o programa está crescendo, a gente trabalha bem com essas três frentes.

**GTP** – Na sua opinião em geral, quais os principais fatores que levam um agente econômico a celebrar um TCC em matéria de cartel?

**DF** - Saber que ele está sendo investigado, que tem provas contra ele...

**GTP** – Provas contundentes, e que muitas vezes já foram conseguidas já por meio do acordo de leniência.

**DF** - Seja de uma busca policial e tal, ele sabe que as cartas dele não estão boas. Acho que, enfim, tem uma questão da imagem né? De você virar a página e tentar limpar a sujeira, “Ó, fizemos besteira agora a gente vira a página”.

**GTP** – Ou seja, ele evita uma condenação de prática de cartel. A integridade dele perante o mercado, digamos assim, é mantida.

**DF** - Acho que tem o desgaste do litígio, todos os custos do litígio, advogado, desvio da atenção dos executivos, dos esforços, prolongamento do tempo. Às vezes você até pode ter até uma multa mais severa, se você conseguir negociar bem os termos do acordo, pode tentar uma vantagem aí. Você às vezes consegue evitar que toda a informação seja avaliada, que pode te causar mais prejuízo, às vezes tem outras situações com relatos ao cartel que podem vir à tona. Então, quanto antes você conseguir resolver, melhor. Acho que pra empresa tem inúmeras vantagens, abreviar o problema, virar a página, diminuir o custo de litígio.

**GTP** – E normalmente, me parece que quando se celebra um TCC o processo não é mais sigiloso, ou seja, os partícipes do cartel já tem ciência da investigação, sabem que estão sendo investigados, e até para fins de colheita, digamos assim, de mais provas, me parece que não é mas um momento oportuno, porque ainda se conseguirem provas a serem perseguidas, talvez os membros do cartel já tenham tomado providencias no sentido de se desfazer dessas provas. O que eu quero colocar com isso é o seguinte, é tentar estabelecer uma correlação, TCC e leniência. Me parece que a leniência teria essa função de eventualmente instaurar um processo e conseguir instruí-lo, ou seja, conseguir provas quantitativas e qualitativas capazes de eventualmente chegar a uma boa condenação. A partir daí, me parece que o TCC, seria, vamos dizer assim, a via disponível aos representados pra fins de tentar por fim a esse processo naquele momento. E da parte da administração me parece que a vantagem seria essa, haja vista que já foi celebrado um acordo de leniência, as provas que se conseguiram já estão nos autos, eventuais outras provas que se poderiam perquirir, talvez se tenha uma maior dificuldade por conta de que a investigação já é de conhecimento público e notória e, eventualmente..., você acha que isso é uma coisa que influencia?

**DF** - Não, nem sempre. Eu tenho algumas observações nisso. Acho que cartel não se faz sozinho, então, quando você pega um documento na sede de uma empresa, é um e-mail que foi trocado entre vários, então, por mais que uma pessoa vá destruir, você nunca sabe quem tem, quem não tem, o que foi pego, o que destruiu. Então às vezes quando o segundo a chegar vem, ele vai contribuir com documentos, você tem aquela prova *corroborating evidence* que isso é muito bom pra gente. Então, a gente busca no segundo a chegar, e nem sempre ele vem quando tudo é público, normalmente nem sempre quando todas, a partir do momento que a gente instaura ele pode vir, tem algo instaurado, então as vezes nem deu tempo de notificar as representadas ele já vem e trás, e outra coisa que na instituição é muito interessante também é a explicação, porque as vezes você pega um monte de documentos, tabelas, e você não consegue entender aquelas provas.

**GTP** – Para conseguir fazer aquela correlação entre a prova e a conduta praticada e o autor da conduta.

**DF** - E esse esclarecimento do que aconteceu para que se junte as peças do quebra-cabeça é muito importante. Para a SDE a cooperação no TCC é muito importante, tem que ser estendida, a gente não acha legal acordos de TCC's que faz um acordo, e não cooperem mais, isso pra gente é um ponto muito... E você acha que todo mundo é diligente, não é, as pessoas guardam provas, se você for lá pegar às vezes o HD de um, tem coisa, sempre tem um rastro, quem mandava os e-mails era a secretária, ele apaga o HD dele e está no da secretária, é incrível como sempre, é comum você ter um rastro, o crime não ser perfeito, isso é um ponto polêmico que você pegou, é realmente muito importante, e acho que o beneficiário da leniência tem essa obrigação de cooperação, a partir do momento que você limita a de quem vem e faz o acordo, você está criando um ônus maior pra quem começa. Então, acreditamos que os TCC's têm que ter confissão de culpa, e têm que prever colaboração.

**GTP** – Na sua opinião a regulamentação atual do TCC, implica em potenciais prejuízos ao programa do acordo de leniência? Se positivo, quais?

**DF** - Eu acho que nosso sistema tem alguns desafios, acho que o fato do CADE negociar sozinho, e às vezes pedir uma informação para a SDE, se ele achar conveniente, isso não ser obrigatório, isso é um problema, porque na teoria do acordo tudo depende da análise da informação, se você tem a informação do que está acontecendo, você sabe valorar o preço do acordo, quer dizer, qual maior é a chance, qual maior é o impacto, qual a gravidade e tal, você consegue ter essa variável do acordo e isso não é estanque, vem chega um material que já foi periciado, vem uma outra petição, sim, você tem o testemunho de alguém que revela outra coisa, então, o valor do processo varia conforme o tempo e a informação que é analisada, a SDE detém essa informação. Por outro lado, o acordo tem que ser homologado pelo conselho, e o que adianta a SDE fazer toda a negociação se depois o conselho não concordar, então, e aí o que você

tem, você tem um conselheiro relator que faria a negociação, só que ele também tem esse problema de negociação com o conselho, eu só estou aqui colocando um desafio, então como que fica? Um conselheiro relator que negocia pede informação para a SDE e aí o conselho inteiro tem que homologar e ainda criaram um GT (uma comissão de negociação), então a gente ouve muita crítica, os advogados falam: “não sei com quem eu negocio”. A gente ouve isso nos fóruns internacionais, a avaliação do *Global Competition Review* não foi muito positiva com relação a isso, teve uma crítica, muito educada, mas acho realmente que a gente tem um desafio aqui, eu acho também que a gente está aprendendo com a experiência, e a gente mal tem um *Sentencing Guidelines* pra saber como que o CADE condena, como que a gente vai ter *Guidelines* pro acordo? E mais, a *Guideline* do acordo tem que seguir essa jurisprudência, tem que ter uma conexão, não pode ser um mero cálculo econômico desconectado porque senão não vai dar certo. Isso tudo está sendo construído, mas agente fica um pouco do mercador persa ainda, “poxa, a maior condenação que teve foi 25, você quer me dar 25 aqui no acordo então eu espero condenar, então 20, 18, 10,” como um mercador persa, e eu acho que isso é muito ruim, eu fico pensando muito nesse tema, inclusive, até como te falei, com os cuidados dos temas de negociação, e vários sistemas de conflitos, acho que tem muita coisa aí para a gente pensar, como garantir que a informação chegue em quem vai negociar, diminuir o número de jogadores, acho que tem muitos aprimoramentos para serem feitos, mas acho que enfim, está bem encaminhado, está caminhando, eu sinto uma evolução, um avanço, mas tem muito avanço ainda.

**GTP** – Em geral, na sua visão, quais são os principais fatores que você tem verificado que o CADE tem levado em consideração para celebrar um TCC? Ou seja, dentro desse contexto hoje, como você colocou, que ainda está chegando a padrões, chegando a *Guidelines*, hoje você consegue vislumbrar alguns principais fatores, em geral, que o CADE tem levado em consideração pra celebrar esses TCC's?

**DF** - O CADE está procurando enrijecer, exigir contribuições pecuniárias maiores, ainda como te falei, acho que a questão da colaboração tem que ser mais preservada, mais presente, acho que a confissão de culpa também tem que ter, não só no caso de leniência, isso tem que ser avaliado com mais cuidado. Acho que talvez as multas possam ser mais severas ainda, eu sou também presidente do Conselho Federal Gestor do Fundo de Direitos Difusos, o dinheiro vai pra mim, pra mim não pro conselho né?

**GTP** – E aí a gente percebe que isso tem uma destinação muito positiva.

**DF** - Eu entendo que, às vezes, uma cifra como uns 100 milhões, não dá pra saber se realmente desincentivou um cartel que durou 5, 6 anos, que teve um sobre preço de quase 20% como a OCDE estima que os cartéis têm, durante tanto tempo, você vai lá e pega o faturamento do ano anterior e 20%, e as vezes, entendeu, eu acho que esse valor pode parecer bonito, grande num

primeiro momento, mas eu não tenho certeza o quanto realmente isso desestimula, agora, estamos no caminho certo, acho que o CADE está mostrando aí uma severidade notória.

**GTP** – É uma evolução, está em processo de construção de fundamentos e princípios, para que se chegue a eventualmente, vamos dizer assim numa *Guideline*, em que jurisprudência do CADE, visão da SDE se comunique e chegue a uma correlação.

**DF**- E acho que também você vai crescendo, as multas estão maiores, pode ser que se perceba que elas têm que ser maiores ainda, já foi um belo passo.

**GTP**- Há algum indício e/ou prova de que os agentes econômicos têm estrategicamente se utilizados mais dos TCC's em detrimento do acordo de leniência? Se positivo, esse fato é ou tem sido prejudicial à política de combate aos cartéis? Por quê?

**DF** - Acho que os casos principais que a gente tem de TCC, eles têm o acordo de leniência, e a gente já teve negociação aqui de leniências parciais que quando já tem alguma averiguação instaurada, e aí é um grande ponto de decisão, vou fazer uma leniência parcial ou um TCC. E a gente até agora tem conseguido é..., nós nunca assinamos, nós estamos negociando leniências parciais, temos visto a preferência dos advogados pela leniência parcial. Por que ela também cobre o aspecto criminal, e você tem uma redução que seria muito melhor que o TCC, agora eu não tenho conhecimento de nenhum caso desses, de que a pessoa foi direto fazer o TCC.

**GTP** – Isso é até interessante, esse ponto da leniência parcial em relação ao TCC, ou seja, a análise desses dois institutos, nessa situação específica, para avaliar qual seria a melhor opção para o representado.

**DF** - Isso se você pegar uma empresa estrangeira que não tem pessoas físicas no Brasil ou que venham ao Brasil, talvez o aspecto criminal, aí você tem né?, a gente usa *already notes* se são pessoas agressivas, com estratégias agressivas, as vezes, as pessoas podem escolher o TCC, ou fazer o TCC e depois lidar com os promotores, fazer a delação premiada. A leniência seria em tese o caminho mais produtivo. Um ponto para se pensar quem está nessa encruzilhada seria também que as pessoas físicas que vão ser incluídas na leniência, não sei se você vai falar delas no seu questionário, também pagam a contribuição pecuniária né?. Então, cada pessoa física que o beneficiário da leniência adiciona na negociação, também tem uma contribuição decorrente, então aí você tem que ver, quem são as pessoas, qual é a empresa, qual que é o benefício, a redução, pode ser até 2/3, colaboração, quanto isso vai dar no final, quanto seria um TCC, imunidade criminal.

**GTP** - E por fim, na sua opinião, há medidas que podem ser adotadas para aperfeiçoar os instrumentos que compõe a política de combate a cartéis brasileira, no caso Acordo de Leniência e TCC?

**DF** - Eu acho que é um aprendizado e com a experiência, por exemplo, eu nunca tinha enfrentado uma situação como essa de leniência parcial, há um tempo atrás a gente nunca tinha enfrentado um segundo a chegar né, temos uma leniência e alguém apareceu pra fazer um TCC, quer dizer cada vez mais incrementa, sempre um desafio novo, agora, por exemplo, na portaria 456, nós percebemos que existem hipóteses que você pode pensar na inclusão de pessoa físicas posteriormente, não na hora da assinatura do acordo, mas em algumas hipóteses em que haja boa fé, motivo relevante, os fatos tenham sido descobertos depois, questão de tempo para fazer uma busca ou risco de sigilo da investigação você pode deixar para depois, isso é uma evolução. Eu acho que evoluções pontuais em cada caso vai ter, como vem tendo, quem entra, quem não entra, por exemplo, uma *join venture* pode ser beneficiária, ou só uma empresa, cada vez a gente evolui. Então eu acho que isso é uma evolução da prática mesmo, constante. Com relação à leniência e o TCC, eu acho que a gente pode caminhar bastante nessa equação, como eu te falei, eu acho que o mundo ideal seria aquele que o investigador negociasse tanto o primeiro, quanto o segundo, quanto o terceiro, por que a gente tem a informação, a gente sabe, acho que isso seria mais um mundo ideal, entendo que isso tem que ser homologado pelo conselho, e acho que isso poderia haver uma relação melhor entre esse intercâmbio de informação, essa colaboração, essas *Guidelines* para esses acordos, aquilo que eu tinha já respondido na pergunta 3, acho que tem bastante coisa pra harmonizar. É difícil, não são respostas simples, você dá uma solução para um lado aí você piora o outro, então eu acho que tem que pensar. O TCC tem algo nele, que eu já até dei uma opinião, ficou até no site, eu acho que você tem que dizer na petição quanto é a sua oferta, e na teoria da negociação isso, obviamente que o pessoal vai fazer uma oferta baixa num primeiro momento, vai jogar um por cento, isso vai obrigar que o conselho jogue a oferta o máximo que ela pode, porque aí você fica no “braço de ferro”, se o conselho falar o valor que ele realmente faria o acordo, a empresa vai ficar só segurando a concessão e a tendência é que esse negociador abaixe.

## APÊNDICE D - ENTREVISTA

Entrevistado: César Mattos (**CM**)

Cargo: Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)

Entrevistador: Guilherme Teixeira Pereira (**GTP**)

Data: 28.07.2010

**GTP** – Hoje é dia 28 de julho, eu inicio agora a entrevista com o conselheiro do CADE César Mattos. Na sua opinião qual o objetivo do Acordo de Leniência?

**CM** - Como economista, deixa eu responder de forma como um economista. O cartel é um arranjo eminentemente instável, é o equilíbrio de Nash, o jogo jogado de uma vez só, é um equilíbrio que ninguém coopera. Do ponto de vista teórico você só vai cooperar se você tiver uma perspectiva de longo prazo, onde os agentes investem na sua reputação entre eles para evitarem guerra de preço. O que a Leniência faz para instabilizar mais ainda essa coisa que já é instável? Gerar um incentivo à traição, ao desvio do comportamento de cartel. Neste caso, digamos assim, mais não um incentivo via mercado, fazer preços mais baixos para roubar mercadoria do outro, mas simplesmente para entregar o cartel. E aí por duas coisas, ou o cara tem incentivos para desviar, para ferrar os outros simplesmente, ou pelo fato de ele ter medo que alguém vai fazer isso. A leniência no final das contas não é nada mais nada menos do que você instabilizar uma coisa que já é.., os incentivos individuais, já são, eminentemente, instáveis. Eu acho que esse incentivo me parece..., razoavelmente em todas as jurisdições ele funcionou razoavelmente bem, e acho que está funcionando para o Brasil. Talvez seja interessante nesse aspecto é que a gente não tem tantos casos de cartel, considerando que a gente aprovou isso em 2003.

**GTP** – A Leniência foi em 2000.

**CM** – Há tá. Então não tivemos tantos casos assim com leniência, e a gente está fazendo algumas mudanças tópicas, o próprio Projeto de Lei, que está aí sendo discutido tem algumas mudanças, ele não vai proibir mais que você faça acordo com o líder do cartel, só que geralmente você não sabe quem é o líder do cartel, isso é uma coisa difícil de saber. Muitas mudanças aí quando você tem cartel de licitação, e quando você faz um acordo com um cara, mas nisso o cara não escapa do problema da infração à lei de licitação. Você está colocando na verdade uma garantia a mais que o leniente será bem tratado. Acho que é um programa que, talvez, careça de você parar e olhar e fazer uma avaliação mais completa do que aconteceu. E realmente mudou? O percentual dos casos com

leniência no total. Mas normalmente não é claro, mas por enquanto é o elemento chave no combate aos cartéis.

**GTP** – Na sua opinião, qual o objetivo do Termo de Cessação de Conduta em matéria de cartel?

**CM** – O Termo de Cessação de Conduta, em geral, tem um papel de redução do tempo de análise que não precisa perquirir nem ir muito mais além, você tem alguns indícios e existe uma determinada probabilidade que esses indícios irão gerar provas que vão gerar uma condenação, e esta condenação também vai ser sustentada pelo Judiciário. A gente passa por cima de tudo isso, e vamos direto ao ponto. Qual é o ponto? Chegar num acordo em que o cara para de fazer o que está fazendo, se compromete, e você retoma mais rápido do que de outra forma. Mas estou falando de maneira geral, eu diria que cartel, talvez, seja um pouco menos importante. Porque se você já tem uma investigação, dificilmente o cartel continue. A única vantagem que você tem é que se caso tenha um descumprimento de um TCC, aí você pode pesar...

**GTP** – O acordo de leniência já gerou aquele efeito de instabilidade.

**CM** – É, mas se bem que não obrigatoriamente você precise disso. Você está me perguntando no TCC em geral. Então eu estou fazendo uma análise sem a leniência, suponha que no TCC em geral. Eu vou direto ao ponto, as delongas do judiciário, as delongas do processo. Eu estou poupando e estou indo direto ao ponto. Eu tive um caso a pouco tempo de TCC em auto-escolas, então as provas já eram mais ou menos consolidadas, porque que eu optei por um TCC? Eu na verdade assim, na verdade um deles eu até condenei, e os outros dois eu fui pra cartel. Neste caso a justificativa não era essa, a justificativa era bem mais simples do que isso, minha justificativa dizia assim, nesse caso eu contestei uma enorme ignorância de uma boa parte dos *players* no Brasil inteiro, simplesmente os sindicatos de auto-escola não sabem o que é que é uma lei de concorrência, não sabe o que é que é um cartel, simplesmente eles botam que vai ter tabela no próprio estatuto social. Então eu acho que não seria razoável, então a idéia é ter um TCC que você desse uma sinalização que a partir desses casos você pode ter acordos com o CADE de você interromper essa prática. Então a idéia era mais uma questão educativa do que uma questão repressiva. De qualquer maneira, eu acho que para boa parte das condutas menos para cartel, para boa parte das condutas você tem uma área cinzenta dado que a gente vai pela regra da razão, os tipos são mais abertos. Então uma exclusividade aqui pode ser infração aqui e não ser infração. Então nesse caso, e em muitos casos os *players* privados simplesmente não sabem, não têm muito claro se a conduta que eles estão fazendo é uma conduta de fato de infração. Então você..., se no final eu for condenar eu vou ter que pegar pelo menos uma multa de 1% do faturamento. Então isso me parece que se não era muito claro que aquilo era uma ilegalidade, a depender do conceito o cara pode chegar à conclusão de que aquilo ali não tem problema ou o outro chegar à conclusão de que tem



problema. Então, não é tipo matei um cara. Então é uma coisa..., tipos mais abertos e que talvez recomendem uma abertura maior para acordos negociados que nem passem nem pela contribuição, na verdade a contribuição é obrigação do cartel, para os outros não é obrigatório. No sentido de ter um mecanismo de solução que não passe por uma punição.

**GTP** – Na sua opinião, em geral, quais os principais fatores que levam um agente econômico a celebrar um Acordo de Leniência?

**CM** – Medo que outro faça, e eventualmente o incentivo particular que você tem. Medo que outro faça, e medo das autoridades chegarem em você. As vezes você não entendeu direito que aquilo ali..., só depois de realizado o acordo, só depois de estar no acordo é que você realizou que aquilo é uma infração. E aí eu vou para um jogo de decisões que se vai avaliar se realmente vale à pena ir para esse instituto de leniência ou não.

**GTP** – Na sua opinião, em geral, quais são os principais fatores que levam um agente econômico a celebrar um TCC em matéria de cartel?

**CM** - O principal é aliviar a pena. Ele simplesmente quer aliviar a pena, fora isso tem talvez uma questão reputacional. Isso vale mais para as empresas grandes.

**GTP** – Você fala em aliviar a pena, é, seja na questão da contribuição, seja na questão financeira e a questão da reputação perante o mercado. Olha, a empresa foi condenada...

**CM** - Na verdade assim, você tem um TCC, tudo ou mais constante, TCC versus a condenação, a contribuição pecuniária no TCC será menor do que a condenação, ela é feita, obviamente que aí eu estou admitindo que é conveniente e oportuno para a Administração, sendo assim, a gente quer dar o incentivo para o cara vir para o acordo. Se isso for verdade, a gente quer que dê um incentivo para o acordo.

**GTP** – Quais são em geral os principais fatores que o CADE tem levado em consideração pra celebrar um TCC?

**CM** - Olha, tem várias considerações, às vezes, muitas vezes..., você resolver primeiro encurtar o processo. Tem várias motivações, muitas delas as partes vêm, quer dizer, às vezes o CADE não está nem..., mas muitas vezes a parte vem e diz assim: “CADE, vamos fazer o seguinte”. Eu acho que mesmo em caso de baixa condenação, muitas empresas vêm por causa do dano reputacional, e diz assim: “olha, deixa eu eliminar esse passivo aí”, mesmo achando que é baixa a probabilidade de condenação, que é baixa a probabilidade de ter alguma condicionante, “vamos fazer um acordo”, que aí eventualmente tem outras partes. Tem um caso recente que teve uma coisa um pouco parecida com essa, foi o caso da Mastercard, Visa e tal, que a gente fez um acordo que boa parte do

conselho tinha uma razoável inclinação e já sinalizava que não condenaria. Aí tinha uma questão estratégica da empresa, olha, reputacionalmente eu quero tirar esse passivo de mim, então fizeram um acordo um pouco mais forte do que já tinham se comprometido, se comprometeram a acabar mais rápido, enfim, então a gente diz: você quer isso? A gente eventualmente não iria fazer nada com você. Você quer isso, a gente engata para um acordo. Para reduzir custos da empresa, mesmo que nós atribuimos uma baixa probabilidade de condenação. Agora muitas vezes gente com alta probabilidade de condenação é, a gente ver vários fatores, entre eles essa ponderação entre indícios e provas. Tendo as provas, vai ser custoso, e aí, a empresa vai sangrar, nos vamos sangrar, porque aí se, eventualmente, a gente ainda tenha muitas incertezas se isso aqui gera uma condenação, se isso aqui é sustentado no judiciário. Aí tem uma consistência interna é... eu fiz até um joguinho no último voto que eu fiz em um caso... Na verdade que eu rejeitei um pedido de acordo. Eu faço o joguinho e na última etapa do jogo o CADE avalia se ele condena ou vai para o TCC. Antes disso, ele avalia se tem leniência ou se não tem leniência. Na verdade o agente escolhe se ele vai fazer leniência ou um acordo. Para o CADE é importante que o *payoff* de leniência seja maior que o de acordo. Por quê isso? Porque em tese a leniência sempre acontece antes. E se ela acontece antes, sempre em média a quantidade de informação que a leniência vai agregar à investigação tende a ser muito maior. Eventualmente você nem saiba do cartel, eventualmente você está tão no início que nem o cartel a autoridade sabe, então, não há dúvidas que o *payoff* de leniência tem que ser maior que o *payoff* de TCC, a gente tem que ter essa consistência interna. Mesmo que do outro lado o TCC tenha que ser melhor. Bom a leniência é melhor do que o TCC, e o TCC tem que ser melhor a opção de não fazer o acordo, quando é conveniente e oportuno para a administração celebrar o TCC. Eu fiz até um joguinho mostrando, no final das contas o que a gente faz, o Dr. Paulo Furquim, ex-conselheiro, tinha feito um joguinho, mas com decisão simultânea. O agente decidia, na verdade o agente ou o CADE decidia se fazia TCC, se fazia leniência ou continuava a prática, não fazia nada. Eu coloquei esse jogo basicamente em seqüência, primeiro decide uma leniência. E como é que fica a estrutura de incentivos que você deve definir.

**GTP** – A iniciativa de se celebrar um TCC, ela tem que ser exclusiva do representado ou o CADE pode também fazer?

**CM** - Quem celebra o TCC é o representado, formalmente o representado. A grande parte das vezes, a esmagadora maioria das vezes é o representado. Isso não impede da gente sinalizar quando a gente acha que pode ter uma solução razoável. Sinalizar e tal, mas quem vai apresentar é ele. Só pode apresentar uma vez, e se chegou no final da negociação acabou.

**GTP** – Na sua opinião, a regulamentação atual do TCC implica em potenciais prejuízos ao programa do Acordo de Leniência? Se positivo, quais?

**CM** - Eu diria que não. Eu tenho alguns posicionamentos, a todos tem que ter a confissão de culpa, a todos tem que ter a cooperação. A questão é que você de fato tem que avaliar caso a caso, qual é o valor da confissão de culpa, qual é o valor que você atribui à cooperação. Se bem que você tem um problema de incentivos, que é o seguinte, eu já até falei com o pessoal do Plenário. Disse: “olha, tudo bem, se o órgão de instrução já disse, na verdade você já trocou informações. E você disse assim: olha, informação você não vai ter muito mais informação. A partir disso o modo de cooperação tem pouco valor e você tem que indagar, porque que aquele cara aceita pagar um pouco mais de contribuição pecuniária pra não cooperar mais. Eventualmente o incentivo do cara, quer dizer, só quem não quer cooperar, é pra quem o pagamento a mais, ele está pagando a mais para isso. Realmente ainda tem valor aquela cooperação, por uma razão, eventualmente, ele não quer trair alguma outra pessoa. Então neste caso, específico eu não estava aqui no CADE, eu tinha viajado. Nesta sessão que decidi esse caso, o caso específico, onde houve uma certa divergência, entre SDE e CADE, mas se eu tivesse que sentar para analisar esse caso e analisar essa coisa da cooperação ou não, é possível que eu tivesse levantado esse ponto. Se o cara está pagando ele tem informação privada que eu não tenho, muito provavelmente é porque tem coisa ainda boa pra cooperar. Então, isso não quer dizer, que a gente iria conseguir essas coisas ou não. No final das contas é só porque que ele está pagando a mais? Está pagando porque aquilo ali tem valor para ele, e se aquilo tem valor pra ele é porque a gente ainda não tem todas as cartas na mesa.

**GTP** – Na sua opinião, a despeito da regulamentação atual do TCC a forma como o CADE vem aplicando esse instituto jurídico tem desprestigiado o programa de leniência?

**CM** - Não.

**GTP** – Há algum indício e/ou prova de que os agentes econômicos têm estrategicamente se utilizado mais dos TCC's em detrimento do acordo de leniência? Se positivo esse fato, é ou tem sido prejudicial à política brasileira de combate aos cartéis? Por quê?

**CM** - Não que a gente constate essa coisa pra cartel, pra cartel não, pro TCC nós chegamos uma conclusão, alias não, pro TCC não, foi pro TCD. Na verdade, as vezes, tudo o que aconteceu, muitas vezes você, ali é por que tava errado, a decisão tava difícil por que tava errado. Mas não foi problema de leniência, você teve um caso lá no iniciozinho, no caso das laranjas, que assinaram o TCC, e aí, chegou na verdade a um diagnóstico, fundamental, é que tinha um contrato padrão feito entre todos os citricultores e todos os industriais. A partir desse contrato padrão você estabelecia todas as condições de comercialização. Uma das definições positivas do TCC foi acabar esse contrato padrão. Isso foi um verdadeiro desastre por que o contrato padrão foi uma instituição que foi criada, o Paulo Furquim a tese dele é sobre isso, ... no

final isso foi um contrato historicamente trabalhado para reduzir o custo de transação, resolver esses custos de transação, então ele foi basicamente, foi um acúmulo de conhecimento institucional para minimizar os custos de transação dessa negociação feita parte a parte. Aí o CADE vai lá, de repente, para um diagnóstico desse tipo e diz: “nós vamos detonar esse contrato”. E o contrato tinha várias cláusulas do tipo olha, quem colhe, quem faz a colheita eram as indústrias, tinham várias coisas que a indústria fazia. A indústria usou o TCC para dizer assim, olha..., e ela tem mais poder de barganha em relação ao citricultores, eu não vou mais fazer isso porque o CADE não deixa. Então existe esse game estratégico em relação a outros, eu não vejo esse game em relação a cartel. Na verdade coloca-se até dispositivos, e diz olha o CADE não está deixando eu fazer isso, o CADE que me induziu a fazer isso, até por leituras distorcidas seja TCC ou TCD isso pode existir, em cartel eu não identifico nenhum caso.

**GTP** – E por fim, há medidas que podem ser adotadas para aperfeiçoar os instrumentos que compõem a atual política de combate a cartel brasileira (Acordo de Leniência e TCC)? No dia 20 de julho agora, saiu uma matéria no Valor, o conselheiro Furlan falando sobre a comissão que foi instituída..., a comissão de negociação, e que pelo que eu percebi dessa matéria que ele fala rapidamente, ele fala: “olha anteriormente cada conselheiro tinha uma visão do instituto, ele aplicava de uma forma, uns eram mais brandos outros mais duros, e a gente formou essa comissão de negociação com o objetivo de, tendo uma primeira fase com especialistas em negociação com objetivo negociar com a empresa e trazer o melhor acordo possível para a administração, então, e aí esse produto sairia e viria para a mesa do conselheiro relator, e ele vai analisar, vai analisar requisitos previstos na legislação, enfim, vai fazer a análise dele, e levaria para o Plenário. Então, por exemplo, essa medida, por exemplo, você acha que pode aperfeiçoar, e outras que você até colocou aí ao falar sobre o Projeto de Lei, como a questão do líder, que é um requisito que existe na regulamentação hoje, mas que não está se mostrando válida na prática.

**CM** - Olha, a comissão de negociação é uma coisa muito recente, aconteceu quando eu estava entrando no CADE, e enfim, no fim das contas o principal objetivo é prestigiar, privilegiar a memória institucional do órgão, e você gerar capital humano que não vai sair. Conselheiro sai, conselheiro fica 2 anos, eventualmente, 4 e sai. Aqui, quer dizer, você tem uma equipe de gestores, outra equipe lá de procuradores, que o tempo de permanência deles é um pouco maior. Logicamente que eles não são da casa, eles podem ficar rodando, isso é da natureza do gestor e do pessoal da AGU também, mas a idéia é que eles têm uma perenidade maior do que a nossa, e isso ajuda, e esse pessoal está indo fazer curso e tal, acho que ajuda bastante o conselheiro. Já fiz uso nesse caso nas auto-escolas, eu ainda não fiz outros usos deles, quer dizer, me parece que os sentimentos dos advogados em geral, eles estão sendo mais críticos, então a gente está aqui no CADE fechado, a gente tem de proteger nossos institutos e tal. A demanda principal dos advogados é ter um peso mais sistemático do

conselheiro dentro dessa comissão de negociação, eu não consigo avaliar em que medida se realmente endureceu, ou é porque de fato pode fazer sentido. Alguns já me falaram ah, a gente negociou uma coisa, aí foi pro conselheiro, não, não, nada disso, em tese o conselheiro vai dar as diretrizes, então alguns advogados já me reportaram, obviamente que eu não tenho como aquilatar nem dimensionar se estão aumentando. Se tiver funcionando o incentivo vai ser esse, mas não dizer assim, olha, a gente acha que está dando certo e estava merecendo um beneplácito com diretrizes do conselheiro, e der repente o conselheiro vem e diz que não é nada disso, a negociação não está indo pro lado que eu quero. Agora eu acho que a gente está evoluindo, estamos melhorando, talvez no início tivesse aquela coisa, nós da comissão de negociação temos que chegar em um resultado, cada vez menos os negociadores estão conscientes que eventualmente a melhor solução não é o resultado.

**GTP** – Se cria um ambiente desse, você prejudica o jogo. O representado já entra sabendo que ele de certa forma...

**CM** – É, a ameaça de condenação, a espada de Damocles tem que continuar ali o tempo todo. Isso aconteceu comigo em um dos casos de auto-escola, o cara não queria abrir mão de absolutamente nada e tal, enfim. E a gente tinha já uma sequência de duas outras e disse bom. E a comissão foi muito técnica também, razoável. Chegamos à conclusão de que não caberia. Esse caso, recentemente, esse caso da ABSA, um caso de cartel de transporte aéreo do conselheiro Ricardo Ruiz, também houve uma negociação, a negociação foi, inclusive, um pouco tensa, e que os caras simplesmente sumiram 34 dias, não deram mais notícia e aí quer dizer, chegaram bem no final querendo negociar as coisas. Eu disse: “olha, nesse momento ou você me dá um monte de coisa ou não tem mais condições, entendeu?!”. Tem que levar pro Plenário, de vez em quando o conselheiro..., sai da comissão pro conselheiro, e o conselheiro tem que levar, aí o conselheiro leva pro Plenário as vezes, dependendo da solução final, de certa forma, ele ordena até de uma forma intermediária, ele vai levando e diz olha estou seguindo essa linha, “o que vocês acham? Com essas premissas’

**GTP** – Há alguma outra medida que você veja assim, que você já tenha eventualmente pensado?

**CM** - Olha, eu acho que a atuação atual da SDE me parece bastante agressiva. Eu diria que dado os recursos que eles têm, físicos e humanos, eles vêm fazendo um belíssimo trabalho de investigação e de conscientização, o dia nacional do cartel, marketing, enfim, eles estão indo por caminhos que não são os usuais da Administração Pública. A Administração Pública é muito careta nessas coisas desse tipo, certamente que tem em alguns lugares, mas eu acho que ela está realmente..., recepção internacional, teve um dos casos acho que foi o dos compressores, quer dizer, foi uma ação de busca e apreensão nos três países diferentes, o Brasil inclusive estava. Isso são trabalhos que eu digo, eu

que trabalhei no CADE entre 1996 a 1999, que era simplesmente inimaginável naquele momento. Eu acho que esses novos instrumentos, busca e apreensão e leniência, estão sendo muito bem utilizados. Há uma discussão sobre inspeção e de busca e apreensão, de busca e apreensão é com ordem judicial e inspeção você não precisa de ordem judicial, mas você avisa com 24 horas de antecedência. Foi com isso que a gente pegou..., que o CADE pegou o “To contigo”, aquele caso da ANBEV e tal, e aí teve muita reclamação, eventualmente, se eles tem razão, aí disse: “olha, sem uma autorização judicial não pode”. Mas “pô”, tem 24 horas de antecedência, isso está saindo num Projeto de Lei. Aí a questão é que se isso realmente era contra os direitos do cidadão, e dizer assim: “olha, sem autorização de lei, em 24 horas eu vou na tua casa”, isso talvez seja um pouco excessivo, mas busca e apreensão seja o mais..., se você tem um ponto, vai num juiz e convence ele.

## APÊNDICE E - ENTREVISTA

Entrevistada: Dra. Mariana Tavares (**MT**)

Cargo: Secretária de Direito Econômico do Ministério da Justiça

Entrevistador: Guilherme Teixeira Pereira (**GTP**)

Data: 28.07.2010

**GTP** – Hoje é dia vinte e oito de julho, eu inicio agora a entrevista com a Dra. Mariana Tavares, Secretária de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Então Secretária, na sua opinião, qual o objetivo do Acordo de Leniência?

**MT** - O Acordo de Leniência, como principal instrumento para detectar cartéis tem o objetivo principal de fomentar a política de combate aos cartéis, desestabilizando os cartéis de um lado e de outro atraindo candidatos, atraindo, permitindo a detecção e a punição de um maior número de cartéis, que afetem o mercado brasileiro

**GTP** - Na sua opinião, qual o objetivo do Termo de Cessação de Conduta (TCC) em matéria de cartel?

**MT** - O objetivo do acordo..., um passo atrás. O cartel é a conduta mais lesiva do ponto de vista da concorrência. O cartel é uma conduta secreta que não se faz de luz acesa. Detectar cartel é, portanto, um grande desafio. Diferentemente das outras condutas em que constatadas, em que as empresas frequentemente reconhecem a prática, elas não reconhecem o ilícito, mas elas reconhecem a prática e cabe a autoridade detectar se aquela prática é boa ou ruim para o consumidor, mas a prática está lá. O cartel não. O cartel nós não conseguimos identificar simplesmente por observar o mercado, porque as empresas sabendo que estão ilícitas elas escondem. Nós precisamos, portanto, de técnicas de investigação avançadas que nos permitam entender, diagnosticar o que se passa naquele mercado. Nós utilizamos um leque variado de técnicas de investigação, as mais eficazes são técnicas de investigações policiais que permitam surpreender os integrantes do ilícito e nelas..., e vale mencionar as operações de busca e apreensão, as escutas telefônicas, e o acordo de leniência. O acordo de leniência, isso não é uma jabuticaba, é o principal instrumento de investigação do cartel porque conta com a colaboração de um ex-participante do cartel, que vai colaborar com as investigações em troca de imunidade. O programa de leniência é, portanto, nossa galinha dos ovos de ouro. É o instrumento que permite o maior volume de provas com a maior qualidade. A partir do programa de leniência nós conseguimos chegar a provas, nós temos acesso a provas diretas, anotações de agendas, muitas vezes, o

próprio acordo, e-mails e outras trocas de informações além de um relato circunstanciado de como o cartel funcionou, e informações indiretas, vale dizer, de onde e com quem vamos conseguir evidências adicionais por meios de buscas ou de interceptações telefônicas que vão corroborar as informações e documentos trazidos pelos beneficiários do acordo de leniência. A qualidade e a quantidade de informações, e a própria investigação que temos acesso a partir da leniência não se compara com o que se pode vir com a colaboração de um segundo ou de um terceiro. Por esta razão, o tratamento dado a quem vem em primeiro lugar, precisa ser distinto e superior ao que é dado aos que vem subsequente. Contudo, os recursos destinados a uma investigação de cartel são muito pesados para qualquer órgão de defesa da concorrência, mormente para órgãos enxutos, com recursos limitados, como nós. Então, as alternativas, somando-se a isso o fato de que a partir do momento que nós passamos a ter acesso a evidências diretas do acordo, a partir do momento que nós passamos, e que a discussão deixou de ser substantiva, ninguém vem a SDE depois que nós passamos a fazer busca e apreensão até o acordo de leniência dizer que fez ou que não fez cartel, a discussão agora é toda adjetiva, Se nós extrapolamos o escopo do mandado de busca e apreensão, se nós indeferimos provas cerceando o direito de defesa da parte.

**GTP** - São as nulidades argüidas em preliminares ao invés de discutir o mérito.

**MT** – Exato, e boa parte delas no judiciário. Então a investigação é muito mais dispendiosa para a Administração e é uma discussão, até porque é muito sofisticada, que pode se estender por anos. O acordo é, portanto, um instrumento eficaz para assegurar que os recursos públicos são bem destinados à detecção, e mais adiante à dissuasão, encurtando o período de análise. Contudo, para que agente continue a conseguir os casos por meio de acordo de leniência ele precisa continuar sendo o *second best*. O acordo é o instrumento de suma importância para o órgão antitruste avançar nas investigações. O acordo vai permitir complementar. Para que o acordo seja eficaz, para que ele seja alinhado aos melhores interesses da Administração ele precisa conter dois elementos: a confissão, nos casos, no nosso caso nós entendemos que sempre, mas, necessariamente, quando houver acordo de leniência, e a colaboração e uma contribuição pecuniária que dissuada a prática, mais uma vez, para que o distinga da primeira alternativa que é o programa de leniência. Desde que ele contenha esses três elementos ele é no melhor interesse da Administração e vai contribuir para a consolidação, junto com o programa de leniência, de um programa efetivo de combate a cartéis. Essa é a resposta da primeira e da segunda na verdade.

**GTP** - Eu vou pular a terceira e a quarta, se der tempo eu retorno, porque eu acho que não são tão importantes, e de certa forma já estão contempladas na primeira e na segunda. Quais são, em geral, os principais fatores que o CADE tem levado em consideração para celebrar um TCC? Isso de forma geral.



**MT** - O objetivo do CADE assim como objetivo da SDE é avançar na dissuasão dos cartéis. Para alcançar a dissuasão é indispensável que nós sejamos hábeis na detecção e severos na sanção. Nós ficamos com um braço e o CADE, Ministério Público e Justiça Criminal ficam com o segundo. Mas o objetivo geral da dissuasão é um objetivo comum, e é isso que o CADE persegue na celebração dos acordos. Nós divergimos em um caso e outro? Divergimos, mais é natural porque da nossa perspectiva que estamos com a mão na massa nós queremos o maior volume de cooperação, nós temos uma vez ou outra o entendimento de que a contribuição pecuniária não é suficiente para a dissuasão, mas em outros casos agente até acha que eles cobram de mais, que eles poderiam ter cobrado um pouco menos, mas essas são divergências muito pontuais e irrelevantes. O objetivo do CADE, assim como o objetivo da SDE, é garantir a dissuasão dos cartéis, é perseguir a dissuasão dos cartéis, porque o objetivo é um *working in progress*. Nós não concluiremos. E da nossa perspectiva, e nós entendemos que cooperação, contribuição pecuniária e confissão são peças desse quebra cabeça. Frequentemente nós temos, frequentemente não, vez por outra nós temos opiniões um pouco diferente. Mas o objetivo de perseguir a dissuasão, no nosso caso melhorando a detecção, e no caso deles endurecendo na sanção é um objetivo comum.

**GTP** - Na sua opinião a regulamentação atual do TCC em matéria de cartel implica em potenciais prejuízos ao programa de acordo de leniência? Se positivo, quais?

**MT** – Não. Acho que o objetivo do CADE é perseguir a dissuasão. Acho que a regulamentação tal como posta ela persegue a dissuasão. Tenho um entendimento..., e a regulamentação do CADE atende..., segue o disposto na Lei 8.884 após a alteração legislativa de maio de 2007. A SDE entende, entretanto, que a confissão para todos os casos de cartéis intrinsecamente nocivos, asseguraria ainda mais a dissuasão porque nós não sabemos, no final das contas, como que nós detectaremos um cartel, se por meio do acordo de leniência, ou se por meio de uma denúncia anônima que vai resultar numa busca e apreensão, e nós queremos assegurar que o programa de leniência é sempre uma opção preferencial. Se a opção B que é o acordo, se a investigação não tiver começado por meio de um acordo de leniência, dispensar a confissão, nós receamos, não ta certo isso, essa é uma pergunta aberta e ninguém nunca chegou a essa conclusão, mas nós receamos que possa no longo prazo desestimular o cartel. Mas esse é um receio, acho que de maneira geral a regulamentação é boa, essa é uma ponderação que nós fazemos.

**GTP** - Na sua opinião, a despeito da regulamentação atual do TCC a forma como o CADE vem aplicando esse instituto jurídico tem desprestigiado o programa de acordo de leniência?

**MT** – Não, de jeito nenhum. Eu acho que a principal contribuição do CADE para reforçar a importância do acordo de leniência e dar segurança jurídica ao

programa, e atrair o maior numero de beneficiários, está no voto de vigilantes, no acórdão de vigilantes, em que o CADE reconhece que a leniência condicional celebrada pela SDE..., que ao adjudicar o caso e revisar a leniência condicional celebrada pela parte com a SDE, o caso só revisará o requisito da cooperação. Então a um só tempo ele confirma, ele reconhece o poder da SDE de celebrar o acordo de leniência, ele não põe isso em dúvida, e confirma, por outro lado deixa uma espada de Damocles sobre a cabeça do beneficiário dizendo você tem que cooperar. Então com esse voto o CADE sedimentou o entendimento de que o acordo de leniência é, na área administrativa, na parte criminal tem uma outra discussão, que também vem sendo sedimentada ao longo do tempo, na verdade, com esse voto o CADE afastou a preocupação de que o CADE se imiscuiria na decisão se a SDE deveria ou não ter celebrado o acordo de leniência com A, B ou C. Da mesma maneira, que na esfera criminal o Ministério Público e todos os juizes que já receberam denúncias oferecidas pelos Ministérios Públicos nos casos nos últimos sete anos afastaram o receio de que o beneficiário da leniência seria denunciado. Então ao receber as denúncias, e receber a não denúncia contra o beneficiário, o judiciário já se manifestou, já reconheceu que a SDE tem a prerrogativa de celebrar acordo de leniência, afastando o receio, que lá atrás fazia algum sentido, de que a leniência, a imunidade administrativa apesar do disposto expresso na lei 8.884 não asseguraria a imunidade criminal.

**GTP** - Há algum indicio e/ou prova de que os agentes econômicos tem estrategicamente se utilizado mais dos TCC's em detrimento do acordo Leniência? Se positivo, esse fato é ou tem sido prejudicial à política brasileira de combate a cartéis, e por quê?

**MT** - Seria se tivesse, se nós percebêssemos, sem dúvida alguma, um opção, se nós percebêssemos uma opção pelo acordo em detrimento da leniência, eu acho que seria prejudicial, não há duvida, como eu disse anteriormente, por todas as características e toda força do programa de leniência, o programa de combate a cartéis perderia, se isso acontecesse. Contudo, nós não observamos isso. É verdade que tem muito pouco tempo. Esse receio é um receio que se confirmar, veremos que não, só será observado com um declínio no número de protocolo de leniências em dez, vinte anos. No momento, ao contrário. Estão em negociação sete acordos de leniência.

**GTP** – Celebrados, você sabe de cabeça?

**MT** – Dezessete. Tem sete em negociação, só esse ano eu acho que serão oito ou nove, portanto..., então, muito pelo contrário, só estão aumentando. E esse era um ano para que o número, naturalmente, diminuísse por insegurança de quem vai estar aqui no ano que vem. E muito pelo contrário, casos novos entraram agora em julho, então, muito pelo contrário.

**GTP** - Por fim, há medidas, que podem ser adotadas para aperfeiçoar os instrumentos que compõem a política, de combate a cartéis brasileira, no caso, o acordo leniência e o TCC? Assim, de um modo geral.

**MT** – Certamente. Então, esses são projetos, são institutos em construção. Do ponto de vista da leniência, acho que o procedimento de negociação pode ser aprimorado, precisa..., acho que nós podemos avançar em tornar a negociação mais ágil, portanto, levar menos tempo para negociar, e melhor proteger, nós já avançamos muito nos últimos anos, mas é uma preocupação constante em proteger melhor o beneficiário de ações de indenizações em outras jurisdições, e para isso é importante avançar na proteção da confidencialidade, esse é um campo, é uma área que pode ser aprimorada. E com relação à negociação dos acordos da mesma maneira, e não teria como ser diferente, essa não é uma crítica, é um aspecto que eu identifico, que assim como no programa de leniência, pode ser aprimorado, que são bases para a negociação. A negociação precisa ser transparente e previsível, e ainda não é porque ainda não tem massa crítica para isso, e é normal. Essa é uma das críticas em relação ao acordo, não em relação à leniência, que consta da nossa avaliação do *Global Competition Review*, que a comissão de negociação ainda não teria critérios para as negociações, mas é normal isso.

**GTP** - Que já é uma coisa nova. Antes não existia a comissão de negociação, ficava, vamos dizer assim, da cabeça de cada relator, de cada conselheiro.

**MT** – É, mas é uma crítica que se faz às vezes é que como o conselheiro só entra no final...

**GTP** – Aí, muitas vezes, ele analisa e não é nada disso, ai você acaba perdendo tempo.

**MT** – É, mas o desafio que nós identificamos é um desafio natural e esperado de um instituto que tem três anos, então não é absolutamente uma crítica, é uma crítica na maneira que eu faço a autocrítica do programa de leniência. Nós temos dezessete, dezessete é muito pouco. Nós ainda precisamos consolidar internamente alguns entendimentos, cada caso é um caso novo que a gente incorpora sugestões e aprimora o que foi feito anteriormente, e, em síntese, os institutos amadureceram muito rapidamente, em muito pouco tempo já deram frutos importantes, acho que tanto o programa de leniência e o TCC, já dá para dizer que são institutos bem sucedidos pelo número de candidatos crescente ao programa de leniência e pelo número de candidatos crescente a acordos. Agora, são institutos muito recentes que podem e devem ser aprimorados.

**GTP** - E você vê complementaridade entre os dois institutos?

**MT** - Indiscutivelmente, e acho que esse é um ajuste que agente faz no caso a caso, e essa tensão promotor/juiz, CADE/SDE é natural, e é daí que se faz

justiça. Portanto, essas visões complementares e que, em casos pontuais, são conflitivas são indispensáveis para que agente tenha uma síntese que seja..., e que daí possamos avançar.

**GTP** – Só para finalizar, eu vou voltar rapidinho naquelas duas que a gente pulou. Na sua opinião, em geral, quais os principais fatores que levam um agente econômico a celebrar um acordo de leniência?

**MT** - O programa de leniência, qualquer programa de leniência atraente precisa ser, previsível, as regras precisam ser claras, é preciso entender o que é que é esperado como contrapartida e o que vai receber, e o que a autoridade oferece, as regras precisam ser claras e previsíveis, e ao mesmo tempo, mas ninguém vai procurar as autoridades para celebrar um acordo de leniência se o risco de detecção não for alto, e, mais do que isso, se após detectado a sanção esperada for severa. Então um programa de leniência bem sucedido conta, necessariamente, com esses três fatores: regras claras e previsíveis, e de outro lado, mas isso só é uma opção atraente se houver um risco elevado de detecção, e se detectado, um tapinha na mão não vai resolver, então se as sanções forem severas.

**GTP** - E da mesma forma, na sua opinião, em geral, quais os principais fatores que levam um agente econômico a celebrar um TCC em matéria de cartel?

**MT**- Se a opção preferencial não está disponível o acordo pode ser uma opção bastante atraente na medida em que economizará recursos valiosos para uma empresa, que ela gastará com o litígio que pode levar mais de dez anos. O custo de imagem, o custo com os advogados, o custo com o litígio, considerando que a perspectiva dado o conjunto probatório que se consegue com provas diretas, com os instrumentos avançados de investigação que nós dispomos, a condenação é praticante uma questão de tempo, de novo a discussão não é mais substantiva, a discussão é adjetiva. Então, apostar na derrota do órgão antitruste é cada vez menos vantajoso, é uma opção cada vez menos atraente. Junta-se a isso o fato de que o CADE tem conseguido, nos últimos anos, assegurar que para que se questione a decisão em juízo se exija o depósito judicial. Então, já dói no bolso pra recorrer. Então, começando do começo: uma investigação que conte com recurso probatório robusto, provas diretas obtidas por meio dos instrumentos de investigação avançados que nós dispomos, tais como acordo de leniência, busca e apreensão e interceptações telefônicas, a constatação de que e só uma questão de tempo a condenação, que serão discussões adjetivas que podem durar muito tempo, mas que ao final a chance de condenação é muito grande. Ao lado disso, o custo de imagem e o custo desse litígio, que é muito elevado, tornam a possibilidade de acordo bastante atraente, especialmente considerando, que dada a nossa estrita relação com a esfera criminal, o acordo na esfera administrativa facilitará um acordo na esfera criminal. Essas duas esferas, hoje em dia, andam em paralelo e o que acontece em uma esfera na maior parte das vezes influencia no que

ocorre na outra esfera. No acordo de leniência esse benefício é ainda maior. O programa de leniência assegura imunidade administrativa e criminal no caso dos executivos. A suspensão com o acordo não assegura suspensão condicional, o acordo no criminal imediatamente, mas facilita a celebração de um acordo no criminal. Então, na ausência da primeira opção, a segunda opção torna-se bastante atraente.

## APÊNDICE F - ENTREVISTA

Entrevistado: Fernando de Magalhães Furlan (**FMF**)

Cargo: Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Entrevistador: Guilherme Teixeira Pereira (**GTP**)

Data: 29.07.2010

**GTP** – Hoje é dia vinte e nove de julho, eu inicio agora a entrevista com o Conselheiro do CADE Fernando Furlan. Conselheiro, na sua opinião qual o objetivo do Acordo de Leniência?

**FMF** - Bom, o Acordo de Leniência é um instrumento inovador dentro do nosso sistema jurídico, causou até polêmica no início e muitos advogados questionavam se esse instrumento se adaptaria ao nosso sistema jurídico, já que alegavam que o nosso sistema jurídico não tinha na sua tradição esse tipo de instrumento, que isso seria uma importação do direito norte-americano, da *common Law*, mas hoje a gente ver que ela não ia gostar dessa interpretação, o instrumento se mostrou realmente uma ferramenta muito útil na política de combate aos cartéis. Ele cria um incentivo a que empresas ou pessoas físicas que participaram de uma conduta ilícita, tenha a oportunidade ou de se arrepender ou de buscar uma solução da questão que não por meio de uma condenação perante a Administração Pública, e, com isso, sem dúvida aumenta a capacidade de persecução e de eventual condenação dos envolvidos em práticas ilícitas. É um acordo que é feito com bastante rigor em relação à confidencialidade, e há também instrumentos extras, por exemplo, como a leniência *plus*. Esses tipos de condutas ilícitas onde impera a lei do silêncio, onde os acordos, as reuniões, as tratativas, são feitos a “boca pequena” em ambientes de segredo, é muito difícil você conseguir identificar, perseguir, investigar e eventualmente condenar. Há exemplo também de ilícitos que envolvam corrupção, e nós tivemos um exemplo aqui, muito recente em Brasília que se não fosse o instituto da delação premiada, que é semelhante a uma leniência, só que no direito penal, não teria sido possível identificar o esquema de propina aqui no Distrito Federal. Sem dúvida que é uma atitude negativa você entregar outras pessoas, mas do ponto de vista do Estado é uma atitude negativa em relação à outra atitude negativa, então ela se justificaria tendo em vista o interesse e a obrigação do Estado em fazer cumprir a legislação.

**GTP** – É uma cooperação positiva em prol de uma cooperação negativa que é o cartel, por exemplo.

**FMF** - Exatamente.

**GTP** – Na sua opinião, qual o objetivo do Termo de Cessação de Conduta em matéria de cartel?

**FMF** - Os TCC's são instrumentos complementares ao acordo de leniência dentro da política de combate aos cartéis. Muito se discutiu no início se a possibilidade de celebrar acordos com o CADE, que seriam os TCC's, não estaria de alguma forma atrapalhando os acordos de leniência, a gente chegou à conclusão de que não, por que são institutos diferentes, existem vantagens pro leniente que o compromissário de um TCC não tem, e da mesma forma como o instituto da leniência exige que somente o primeiro a propor o acordo de leniência tenha direito a celebrá-lo, as outras empresas ou pessoas físicas que estariam interessadas em resolver, em solucionar as suas pendências com o Estado, ficariam a mercê de uma condenação sem que essa condenação pudesse ter um efeito muito superior aos acordos que são feitos.

**GTP** – Então o segundo eventual leniente não pode fazer o acordo...

**FMF** - Não pode fazer o acordo. Pela legislação só o primeiro que se apresenta a SDE tem direito a fazer a leniência, o segundo só se fizesse uma leniência *plus*, por exemplo, então, eu sou relator de um caso que ainda está em investigação na SDE que é o cartel internacional das mangueiras marítimas, nós fizemos três acordos, três TCC's aqui, é um caso que houve leniência, esse foi um caso típico porque a primeira empresa que fez um TCC conosco, ela chegou no dia seguinte ao primeiro proponente da leniência. Ela tinha muito interesse em fazer leniência, mas não foi possível, porque ela chegou um dia depois de outra empresa, então ela veio logo em seguida aqui ao CADE querendo fazer o TCC. E foi num momento inicial da investigação, e nós fizemos um TCC com eles e logo em seguida mais duas empresas celebraram o TCC conosco. Então o TCC tem se mostrado uma ferramenta complementar a leniência. Não tem se mostrado um instrumento que atrapalha a leniência, pelo contrário, complementa.

**GTP** – Você se lembra se nesse caso houve o compromisso de cooperação como cláusulas dos TCCs, haja vista, inclusive, que estava no início do processo?

**FMF** - Exatamente, com certeza. O primeiro TCC que foi celebrado com a Bridgestone, eles além da contribuição pecuniária e de outros compromissos assumidos, eles trouxeram mais de duzentos documentos entre e-mails, faxes, anotações, cartas, que ajudaram, colaboraram bastante nas investigações. A segunda empresa a fazer o TCC já trouxe menos colaboração, até porque a primeira havia trazido muita coisa, mas trouxe também colaboração, principalmente na disposição do executivo da empresa em vir ao Brasil, sempre que solicitado, para ajudar a interpretar os documentos que a primeira empresa tinha trazido, não é que ela trouxe muitos documentos a mais, mas na interpretação daqueles documentos. A terceira empresa que fez o TCC já não

tinha mais o que colaborar, porque já tínhamos reunido um volume bastante grande de documentos, o compromisso de interpretação desses documentos por parte da segunda empresa, e a terceira já não tinha muito mais o que colaborar. Portanto, para compensar essa falta de colaboração, o valor da contribuição pecuniária foi maior.

**GTP** - Na sua opinião, em geral, quais os principais fatores que levam um agente econômico a celebrar um Acordo de Leniência?

**FMF** - Vários fatores, um deles, sem dúvida, a reputação, principalmente empresas de grande porte, não só de grande porte de nível nacional, mas também as quem tem uma presença marcante de nível regional, tem uma preocupação grande com a reputação. Você ser condenado pelo CADE é algo que, muito comumente, pode dar as primeiras páginas dos jornais. Aí envolve uma questão reputacional bastante relevante.

**GTP** – Empresas de capital aberto que têm compromissos diretamente com os acionistas, você ver uma preocupação um pouco mais apurada com a reputação?

**FMF** - Sim, muito dessas empresas tem possibilidade de receber aportes de investimentos estrangeiros, e o investidor estrangeiro, ele, para fazer investimentos nas empresas brasileiras que estão aqui no mercado brasileiro, exige que não haja passivo antitruste. Então nós temos alguns exemplos de empresas que vem procurar o CADE pra fazer os TCC's por que estão em via de receber aportes de investimentos estrangeiros, e o investidor estrangeiro exige que não haja passivo antitruste. Então, além da reputação, tem essa outra questão, as empresas querem ficar com a ficha limpa pra poder receber o capital estrangeiro. Você tem economia, você economiza, a empresa economiza recursos com advogados, são questões que vão se desenrolar por anos, então se conseguir resolver a questão isso tem, sem dúvida, uma economia de recursos financeiros, de recursos humanos e de tempo. Nós tivemos um terceiro TCC no caso das mangueiras marítimas, mangueiras marítimas são esses tubos que transportam petróleo das plataformas às refinarias ou navios. Essa terceira empresa que fez esse TCC conosco nesse caso das mangueiras marítimas ficou claro que ela estava procurando a celebração do acordo com o CADE, porque tendo em vista o grande potencial de crescimento da Petrobras com relação a descobertas de bacias de reservas de petróleo e do pré-sal, essa empresa não queria perder a oportunidade de celebrar contratos com a Petrobras, tendo em vista o futuro promissor desse setor aqui no Brasil. Então, ela sabia que se ela tivesse uma condenação pelo CADE, o CADE poderia, por meio dessa condenação, proibi-la de participar de licitações como está previsto na nossa lei, e a Petrobras por ser uma empresa que tem capital estatal ela tem a obrigação de realizar licitações. Então, ela temia a possibilidade de ficar fora desse mercado no futuro, então isso foi mais um incentivo a ela vir procurar o CADE para firmar um acordo.



**GTP** – A próxima pergunta eu acho que já foi respondida. Na sua opinião, em geral, quais os principais fatores que levam um agente econômico a celebrar um TCC em matéria de cartel.

**FMF** – É, Já foi respondida.

**GTP** – Quais são, em geral, os principais fatores que o CADE tem levado em consideração para celebrar um TCC em matéria de cartel?

**FMF** - Bom, óbvio que a negociação é feita com base em critérios. Então, como a gente já viu, quanto antes a empresa propuser um TCC, maior a chance de ela conseguir fechar esse acordo, menor poderá ser o valor da contribuição pecuniária exigida em relação à possibilidade de colaboração com a investigação, porque quanto antes ela chegar, melhor para as investigações. Então nós vamos levar em consideração a capacidade de colaboração com as investigações, o momento em que foi proposto o TCC, o valor da contribuição pecuniária, eu diria que não são critérios que vão definir, por exemplo, “ah, nesse setor agente tem interesse, naquele outro não, naquela empresa sim, na outra não.” Não há uma discriminação, não há escolha por parte do Conselho do que deve ou não ser negociado, todos tem direito a intentar um acordo, a ter uma negociação com CADE, não há discriminação de setor, de empresa, de nada disso, todos são iguais quando vem propor um TCC, só vai depender de fatores e critérios que são aplicáveis a todos, o momento da propositura, o valor da contribuição, a capacidade de colaboração com as investigações, isso é *erga omnes*, para todos esses critérios são aplicados, então não há discriminação alguma.

**GTP** – Na sua opinião, a regulamentação atual do TCC, implica em potenciais prejuízos ao programa de acordo de leniência? Se positivo, quais?

**FMF** - Eu acho que não, acho que não prejudica. Como a gente já viu no início, é um instrumento complementar. Eu não vejo prejuízo em relação à leniência, eu sinceramente não vejo. São momentos distintos, são benefícios distintos, não vejo onde possa estar prejudicando um ao outro. Acho que tem dado certo, nossas experiências com TCC's têm sido exitosas, e lá na SDE com leniência também. Então, são dois instrumentos inovadores, importantes, nossa experiência, por exemplo, com negociações de TCC tem se espalhado pelo poder público, nós já estamos recebendo solicitação, por exemplo, do Ministério Público de Estados para que nós trasmitamos a eles nossa experiência em negociação de acordos. Por exemplo, eles têm um Ministério Público do Estado específico que tem interesse em aprender e conhecer as nossas experiências para negociação de acordos de Termos de Ajustamento de Condutas em questões ambientais. Então acho quem tem sido exitosa, tem inspirado outros setores do poder público e a idéia é essa mesmo. Você criar sistemas alternativos de solução de conflitos. Como agente vem falando, a gente não senta a mesa para negociar um TCC de qualquer jeito, a gente não quer fazer o

acordo por fazer o acordo, a gente quer fazer um acordo bom para sociedade. Então, até que ponto você condenar uma empresa é melhor para sociedade do que você compor com essa empresa, se a empresa vai verter um recurso significativo que volta para sociedade, cessa a prática, aprende, se abstém de praticar novamente, então nem sempre a condenação é a melhor solução, se a gente consegue solucionar a questão de uma forma negociada é isso que é bastante positivo.

**GTP** – Na sua opinião, a despeito da regulamentação atual do TCC a forma como o CADE vem aplicando este instituto jurídico tem desprestigiado o programa do acordo de leniência?

**FMF** - novamente eu entendo que não, se fosse assim não teriam mais ocorrido acordo de leniência lá na SDE, e não é o que vem acontecendo.

**GTP** – Até o momento já tem dezessete acordo firmados, e pelas informações que eu consegui obter, tem vários em negociação.

**FMF** - Tem vários em negociação, quer dizer, a atratividade da leniência ainda continua, a despeito do sucesso dos acordos de TCC.

**GTP** – Até mesmo porque a leniência dá imunidade criminal que o TCC não dá. Isso me parece que já é um benefício bem diferenciado, logo de saída.

**FMF** – Exato. Tem um diferencial grande, não precisar fazer contribuição pecuniária, e o TCC precisa, e a gente está sendo bem rígido nessas contribuições pecuniárias. Elas tem que ser suficientes realmente pra compensar as perdas da sociedade. Então existem vantagens de quem faz a leniência que quem faz o TCC não tem. Isso seria uma chance pra quem não conseguiu fazer a leniência, e também vir compor com a Administração Pública.

**GTP** – Há algum indício e/ou prova de que os agentes econômicos têm estrategicamente se utilizando mais dos TCC's em detrimento do acordo de leniência? Se positivo esse fato, é ou tem sido prejudicial à política brasileira de combate aos cartéis? Por quê?

**FMF** – Boa pergunta. Alguns advogados têm essa concepção, poucos, que atuam aqui no sistema. A maioria avalia de forma positiva os TCC's, alguns com quem eu já conversei, têm uma certa restrição, porque imaginam que possa acontecer isso, quer dizer, que as empresas de antemão pratiquem a conduta ilícita já sabendo que depois podem vir a compor por meio de um TCC, então já pesam na balança os prós e os contras. Na nossa experiência não é o que tem se demonstrado, agente não tem essa percepção de que as empresas têm essa postura. Nos casos em que possivelmente poderiam acontecer algo parecido os TCC's não foram firmados. Porque é uma questão de postura, é uma questão de momento, e assim, intuitivamente, eu não tenho provas disso,

eu diria que os casos que possivelmente possam ter havido algo parecido, os TCC's não foram firmados, e foram casos relativamente recentes. Então eu não vejo de forma negativa essa questão, eu acho que não é essa a intenção e quando o CADE vislumbra de que possa estar acontecendo algo neste sentido, o TCC não é firmado.

**GTP** - Há medidas que podem ser adotadas para aperfeiçoar os instrumentos que compõe a política de combate a cartéis brasileiros, o Acordo de Leniência e o TCC? Agora no dia vinte de julho, eu vi uma matéria no Valor Econômico que você faz uma breve síntese sobre o funcionamento da comissão de negociação de TCC, que me parece que é uma medida relativamente nova, à época, em fim, desde o início da Lei 8.884 que já havia TCC, e depois com a entrada da leniência em dois mil que retirou o TCC em matéria de cartel, e depois em dois mil e sete retornou, me parece que ainda não havia essa comissão, me parece que é uma medida no sentido de aperfeiçoar esse instrumento. Eu gostaria que você, como supervisor dessa comissão, falasse um pouco como é o funcionamento, dar uma idéia de procedimentos, processos, para que agente possa entender o que a comissão faz, e se, na sua opinião, há outras medidas que podem ser adotadas para aperfeiçoar a política de combate a cartéis brasileira.

**FMF** - Em 2008 quando eu tomei posse, como conselheiro, nós tivemos a oportunidade de conhecer o trabalho e a experiência da CVM em negociações de acordos lá, e aí então, principalmente eu e o então conselheiro Paulo Furquim gostamos muito dessa experiência, e discutimos muito como essa experiência de uma estruturação e profissionalização das negociações poderia ser positiva. E algum tempo depois então eu apresentei uma proposta de Resolução para alterar o Regimento Interno do CADE, criando o grupo técnico de negociações, que seria uma estrutura permanente, porque os mandatos dos conselheiros são curtos de dois ou quatro anos, então toda a experiência que o conselheiro agrega com as negociações que ele faz, isso se perdia no tempo. Os nossos gestores, que são funcionários de carreira, tendem a permanecer por mais tempo aqui, então a idéia foi criar uma estrutura permanente como repositório do histórico das negociações, das experiências, dos debates, discussões de melhores práticas internacionais, de aprendizado contínuo de retro-alimentação, com o que deu certo, porque deu certo, o que deu errado porque deu errado, e treinamento de capacitação, nós formos a Universidade de Harvard, que é uma das referencias mundiais de técnicas de negociação, outros membros do grupo fizeram cursos em instituições aqui no Brasil mesmo, estamos agora cogitando mandar mais um grupo para o exterior pra fazer um novo curso, logo em seguida propus uma nova resolução, propondo a criação das comissões *a doc* de negociação, quer dizer, o grupo é permanente, é uma estrutura de discussão, debate, de criação de inteligências, de repositório do histórico, e as comissões, elas são *a doc*, formadas para auxiliar o conselheiro relator em uma negociação específica. Então são comissões formadas por no mínimo três membros do grupo, otimamente seriam membros do grupo, nada

impede que algum membro da comissão seja de fora do grupo, mas normalmente são membros do grupo. Então forma-se esta comissão, ela é escolhida em conjunto entre o conselheiro relator e o supervisor do grupo de negociações, agente leva ao Plenário os nomes, o Plenário aprova, forma-se a comissão e inicia-se uma negociação específica. No início houve algumas dificuldades porque os advogados tinham um pouco de reticência em negociar com os técnicos do que com os conselheiros, porque achavam que os técnicos não iriam ter grande poder de negociação, que tudo ia se resolver com o conselheiro. Então nós estipulamos uma prática que é o conselheiro relator participa só da primeira reunião de negociação e da última, para concluir ou não a negociação. Todas as outras reuniões são feitas com a comissão. O grupo já tem bastante experiência em negociações e os advogados já estão respeitando bastante os técnicos durante as negociações. É claro que o conselheiro relator se reúne com a comissão nos bastidores pra ver se está indo tudo conforme. É até uma forma de evitar o desgaste do conselheiro, é ele quem vai levar a proposta de acordo ou de rejeição para o Plenário, ele vai participar da votação, isso preserva o conselheiro também, isso é um sistema que envolve um aprendizado constante, eu estou cogitando de apresentar agora nas próximas semanas uma nova proposta de Resolução para aperfeiçoar o sistema de negociação. A experiência vai nos mostrando o que tem que ser melhorado, então, por exemplo, eu já estou aqui praticamente pronto uma proposta de Resolução para a gente retirar a obrigatoriedade de na proposta de TCC já constar o valor da contribuição pecuniária. A experiência tem mostrado que não é muito positivo isso, por quê? Porque a tendência das empresas é apresentar a proposta inicial em um valor baixo, e gera todo um desgaste na negociação pra se fazer aumentar esse valor. Então se não se exige um valor, você evita esse desgaste, você vai exigir sim informações, dados a respeito do tamanho do mercado relevante, do faturamento da empresa, do valor desse mercado relevante, das outras empresas envolvidas, são informações que vão...

**GTP** - Vão levar a um momento em que vai estar maduro para discutir o valor, e aí como você já tem informações postas, não dá também para nenhuma das duas partes ficarem barganhando de uma forma sem critérios...

**FMF** – Exatamente, então agente já está evoluindo para isso aí, e realmente a experiência vai mostrando o caminho.