

A COEXISTÊNCIA DO TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE PRÁTICA E O PROGRAMA DE LENIÊNCIA: POSSIBILIDADE OU MERA ILUSÃO?

COEXISTENCE BETWEEN THE TERM OF COMMITMENT TERMINATION OF PRACTICE AND THE LENIENCY PROGRAM: POSSIBILITY OR ILLUSION?

Tamara Ghassan Abdou

RESUMO

Dentre as infrações mais constantes à ordem econômica, destacam-se os cartéis, no qual concorrentes fazem um acordo para fixar preços, dividir mercados ou restringir produção, prática que recebeu especial atenção das Autoridades Antitruste quanto à sua repressão. Com o intuito de obter maiores informações sobre os cartéis, e ao mesmo tempo criando uma vantagem para a parte, dois institutos foram criados pela Autarquia: o Programa de Leniência – que permite a imunidade penal e administrativa ao primeiro candidato – e o Termo de Compromisso de Cessação de Prática – que permite a redução das multas aplicáveis, sem a garantia de imunidade, mediante a cessão da prática da conduta. No entanto, a Resolução nº 05/2013 muda as normas do Regimento Interno da Autarquia, dispondo sobre a necessidade de assumir culpa para a assinatura de um TCC, o que provocou comentários acerca da sua vantagem.

Palavras-Chave: Cartéis, Programa de Leniência, TCC, Resolução nº 05/2013, Culpa.

ABSTRACT

Among the most constant violations of the economic order, highlight the cartels, in which bidders make an agreement to fix prices, divide markets or restrict production, a practice that has received special attention from the Antitrust Authorities as its repression. In order to obtain more information about the cartels, and at the same time creating an advantage for the party, two institutes were created by the Autarchy: the Leniency Program - which allows criminal and administrative immunity to the first candidate - and the Statement of Commitment Cessation of Practice - which allows the reduction of fines applicable, without the guarantee of immunity, upon assignment of the practice of conduct. However, Resolution

n° 05/2013 changes the rules of the Internal Regulations of the Autarchy, providing for the need to take blame for the signing of a TCC, which sparked comments about your advantage.

Keywords: Cartels, Leniency Program, TCC, Resolution n° 05/2013, Blame.

1. INTRODUÇÃO

“Se o existisse um mundo que funcionasse de acordo com o paradigma da concorrência perfeita, a necessidade de ter políticas antitruste e outros meios regulatórios seria mínima. Os mercados consistiriam em um grande número de vendedores de determinado produto e os consumidores seriam informados de todas as implicações decorrentes daquele produto¹”. O problema é que o modelo de concorrência perfeita é aceito em teoria, mas comprovadamente não se aplica ao modelo econômico escolhido pela maior parte dos países.

A prática de cartéis é comum em um modelo capitalista em que os agentes econômicos exercem práticas predatórias visando cada vez mais lucro. Porém, uma vez que vicia o desenvolvimento saudável da economia, essa prática é expressamente vedada pela Constituição² (art. 170) e pela Lei 12.529/2011³ (art. 36, § 3°).

Apesar das disposições legais, a punição às empresas, e a consequente abertura de um processo administrativo, só é possível a partir do momento em que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão responsável por assegurar a concorrência no território nacional, tenha conhecimento da conduta anticoncorrencial.

O conhecimento dessa prática, em específico, é algo muito complicado pois é somente feita através de denúncia de um prejudicado ou de um membro do cartel que decide entregar às Autoridades Antitrustes provas para se dar início à investigação.

¹ VISCUSI et al. **Economics of Regulations and Antitrust**. Massachusetts: The MIT Press. 4 ed. 2005, p. 03. No texto original: “If we existed in a world that functioned in accordance with the perfect competition paradigm, there would be little need for antitrust policies and other regulatory efforts. All markets would consist of a large number of sellers of a product, and consumers would be fully informed of the product’s implications”.

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

³ BRASIL. Lei n° 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1° nov. 2011. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>.

Nesse sentido, dois institutos foram criados a fim de possibilitar que maiores informações sobre a atuação de cartéis sejam repassadas ao Conselho, quais sejam: o Programa de Leniência e o Termo de Compromisso de Cessação de Prática (TCC).

2. O PROGRAMA DE LENIÊNCIA

O Programa de Leniência pode ser entendido como um instituto criado pelo legislador com intuito de beneficiar a pessoa ou empresa que denunciar um cartel ou outra prática anticoncorrencial a qual estava envolvida à Autoridade Antitruste, no Brasil denominado Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Segundo Wils, a leniência pode ser entendida como “a concessão de imunidade ou redução das penalidades aplicáveis, em troca da cooperação com as Autoridades Antitruste⁴”, ou seja, aquele que pretende ser o leniente deve fornecer informações e evidências das infrações à ordem econômica.

Nos últimos anos, percebe-se um esforço comum dos países no combate, principalmente, dos cartéis “hard-core”, porquanto prejudicam a competitividade e afetam diretamente o bem-estar do consumidor. Apesar dos esforços do Poder Público para a identificação e punição desses agentes econômicos, os cartéis possuem um elemento intrínseco que dificultam sua identificação e a possibilidade de obtenção de provas: a confiança existente entre os membros.

É a confiança que mantém um cartel e, em muitas vezes, impede que a infração à ordem econômica seja descoberta. Para destruir o elemento essencial do cartel, um membro precisa de um incentivo para informar ao CADE a infração e, nessa medida, “o incentivo para um cartel membro procurar um programa de leniência é mais forte quando aumenta a probabilidade de descoberta⁵”.

A Leniência tem sido vista como um instituto eficaz tanto para quem “delata” a infração econômica, quanto para o Poder Público. Além de oferecer uma vantagem à empresa ou à pessoa que fornece as informações, pois garante a imunidade ou reduz a sua

⁴ WILS, Wouter P.J.. **Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice**. 25th Conference on New Political Economy. Outubro 2006, p. 04. No texto original: “defined here as the granting of immunity from penalties or the reduction of penalties for antitrust violations in exchange for cooperation with the antitrust enforcement authorities.”

⁵ IACOBUCCI, Edward M. **Cartel class actions and immunity programmes**. Journal of Antitrust Enforcement, Vol. 1, No. 2 (2013), pp. 272–295. Disponível em: < <http://antitrust.oxfordjournals.org>>. No texto original: “the incentives for a cartel member to inform on a cartel in the presence of an immunity programme are stronger the higher is the probability of detection”.

punibilidade, tanto no âmbito administrativo quanto no penal, é também vantajoso ao Estado, pelos motivos a seguir expostos.

Primeiramente, o dinheiro público utilizado em investigações dessas práticas anticompetitivas pode ser investido em outro setor ou ser utilizado para melhorar o próprio Programa de Leniência, pois “os custos decorrentes da construção de um procedimento administrativo é muito alto, mas esse custo pode ser evitado ou drasticamente reduzido com a leniência, uma vez que as empresas trarão provas suficientes para a autoridade antitruste⁶”.

Não obstante, os cartéis são fundados na confiança que nenhum dos membros irá comentar acerca do acordo entre concorrentes, o que dificulta a obtenção de provas por parte do órgão antitruste. Nesse sentido, “um programa de leniência efetivo pode desestabilizar cartéis. Se os integrantes dos cartéis tiverem um medo significativo que podem ser detectados e que as consequências, ao serem pegos, são muito severas, os benefícios de procurar um acordo de leniência são muito preciosos e não se pode esperar perdê-los para um outro membro do cartel⁷”. É, portanto, o meio mais simplificado e eficaz do órgão antitruste começar uma investigação, como se observa na tabela a seguir:

| Case | Initiation of the Investigation | Initiation initiated through leniency? ⁸ |
|--------------------------|---------------------------------|---|
| Cement | 2007 | No |
| Gas Insulated Switchgear | 2007 | Yes |
| Marine Rose | 2007 | Yes |
| TFT-LCD | 2009 | No |
| Cathode Ray-Tubes | 2009 | Yes |
| Cathode Ray-Tube Glass | 2009 | Yes |
| Compressors | 2009 | Yes |
| Air Freight Forwarders | 2010 | Yes |

⁶ MOTTA, Massimo. **Competition Policy: Theory and Practice**. New York: Cambridge University Press. 2004. p. 195. No original: “Building up a convincing enough case to be defendable in courts is very costly, but the cost of this prosecution stage can be avoided or greatly reduced by leniency, since the firms would bring enough evidence to the authority”.

⁷ HAMMOND, Scott D.. **The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement over the last two decades**. NATIONAL INSTITUTE ON WHITE COLLAR CRIME. 2010. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/255515.pdf>>.

⁸ MARTINEZ, Ana Paula. **Brazil’s Leniency Program: Recent Developments and Challenges Ahead**. 10th ABA/IBA International Cartel Workshop. 2014, p. 05. Disponível em: <http://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20140123143354_brazil-s-leniency-program--recent-developments-and-challenges-ahead--10th-iba-aba-amp.pdf>.

| | | |
|---|------|-----|
| DRAM | 2010 | No |
| ANSAC (U.S. Webb-Pomerene Export Association) | 2010 | No |
| Underground Cables | 2010 | Yes |
| Underwater Cables | 2010 | Yes |
| Optical Disk Drives | 2011 | Yes |
| Polymers | 2011 | Yes |
| Salt | 2012 | No |
| Silicate | 2012 | No |

Além disso, o acordo de leniência passou a ser uma prova concreta e direta da conduta anticompetitiva, garantindo maior credibilidade à decisão administrativa, caso as partes envolvidas recorram ao Poder Judiciário⁹.

Essas vantagens e a eficiência desse instituto foram uma das razões pelas quais “um número expressivo de jurisdições adotaram programas de leniência de modo a desvendar tais condutas”, a exemplo de África do Sul, Alemanha, Austrália, Canadá, Espanha, Estados Unidos, França, Holanda, Hungria, Israel, Japão, Nova Zelândia, Portugal e Reino Unido¹⁰. Em 2000, Brasil adotou o Programa de Leniência, e, desde então, mais de 30 acordos já foram celebrados¹¹.

A celebração de um “Acordo de Leniência” possibilita extinção da ação punitiva da administração pública, se a Superintendência Geral do CADE, setor da Autarquia responsável pela negociação, não tinha ciência da prática anticompetitiva no momento em que a parte confessou o ilícito, ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, quando a Superintendência já tinha conhecimento do ilícito, sem contudo, ter provas suficientes para a condenação.

Para a celebração do acordo é necessário que os requisitos descritos no art. 86, §1º da Lei 12.529/2011 sejam efetivamente cumpridos, quais sejam: I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; II - a empresa cesse

⁹ AZEVEDO, Paulo Furquim de; HENRIKSEN, Alexandre Lauri. **Cartel Deterrence and Settlements: The Brazilian Experience**. EESP FGV, Jul. 2012, p. 07.

¹⁰ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Combate a cartéis e Programa de Leniência**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Lenienciac%20SDE_CADE.pdf>. Acesso em: 01 março 2014.

¹¹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Nota Oficial do Cade**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?72c554a57f946ba87dca9ab78cb1>>. Acesso em 01 março 2014.

completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e IV - a empresa 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.

Para garantir a imunidade penal ofertada ao leniente, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, quando da assinatura do acordo de leniência, passou a chamar integrantes do Ministério Público Federal para verificar os termos acordados e assinar o documento juntamente com a Autarquia.

Justamente pelas vantagens conferidas, a leniência só poderá ser concedida para o primeiro que qualificar e apresentar provas contundentes, podendo os outros interessados fornecer outras informações que poderão ter outros benefícios, a exemplo do que ocorre na Leniência Plus.

A Leniência Plus, disposta no art. 86, §7º e 8º, da Lei 12.529/2011, prevê a possibilidade em que “a empresa que não se qualificou para obter a imunidade no cartel pelo qual está sendo investigada delata um segundo cartel, com objetivo de obter imunidade no segundo cartel e redução da multa para o primeiro cartel¹²”. No sistema brasileiro, a redução da multa pode chegar em até 1/3 (um terço) da multa aplicável ao caso de cartel que está sendo processado (primeiro cartel). Ou seja, nessa modalidade, não é possível obter a imunidade penal no caso em que o procedimento administrativo já foi instaurado.

Como a maior parte da legislação antitruste, essas disposições têm grande influência norte-americana ao garantir a imunidade completa para o primeiro qualificado, sendo assegurada aos subsequentes a possibilidade de fazer outros acordos, não amparados pela leniência, desde que forneçam diferentes informações¹³.

¹² WILS, Wouter P.J.. **Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice**. 25th Conference on New Political Economy. Outubro 2006, p. 04. No texto original: “As already mentioned above, The US Department of Justice and the UK Office of Fair Trading have a policy, called ‘Amnesty Plus’, under which a cooperating company that does not qualify for immunity as to a first cartel being investigated but that uses the occasion of that first investigation to report a second, distinct cartel will receive, in addition to the immunity it can obtain for the second cartel, a further reduction of the fine for the first cartel”.

¹³ OECD Policy Roundtables. **Leniency for subsequent applicants**. 2012, p. 47. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/Leniencyforsubsequentapplicants2012.pdf>>. Acesso em 02 março 2014. No texto original: “Under the Corporate Leniency Program of the Antitrust Division of the U.S. Department of Justice (“Division”), full immunity from prosecution for hard-core cartel violations is available only to the first qualified applicant. Subsequent applicants cannot qualify for immunity under the leniency program, but can enter into plea agreements with the Division that reward them for their cooperation”.

Não obstante os diferentes tipos de leniência, as partes envolvidas na infração à ordem econômica também podem optar pelo TCC – Termo de Compromisso de Cessação de Prática, acordo realizado com a Autarquia que suspende o processo administrativo, conforme será analisado adiante.

3. TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE PRÁTICA E AS MUDANÇAS DA RESOLUÇÃO Nº 05, DE 06 DE MARÇO DE 2013

O Brasil, assim como Estados Unidos, Alemanha, França e Canadá¹⁴, prevê em sua legislação a possibilidade de assinatura de um acordo, diferente da leniência, entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o investigado, que obterá outras vantagens.

O Termo de Compromisso de Cessação de Prática (TCC), introduzido no ordenamento jurídico pela Lei 11.482/2007¹⁵, permite que as empresas ou pessoas físicas investigadas por prática de cartel possam celebrar, se o Conselho aprovar, um acordo que suspende o processo administrativo. Em contrapartida, porém, deve a empresa abster-se de praticar os atos lesivos à concorrência e deve fornecer uma contribuição pecuniária para o Fundo de Direitos Difusos do Ministério da Justiça, que obedecerá aos seguintes parâmetros:

Art. 187. A análise da contribuição pecuniária nas propostas de TCC realizadas nos termos do art. 186 deste Regimento Interno levará em consideração a amplitude e utilidade da colaboração do compromissário com a instrução processual e o momento de apresentação da proposta, observados, quando possíveis de estimação e caso seja celebrado o TCC, os seguintes parâmetros:

I - redução percentual entre 30% e 50% da multa esperada para o primeiro Representado que propuser TCC no âmbito da investigação de uma conduta;

II - redução percentual entre 25% e 40% da multa esperada para o segundo Representado que propuser TCC no âmbito da investigação de uma conduta;

III - redução percentual de até 25% da multa esperada para os demais Representados que propuserem TCC no âmbito da investigação de uma conduta¹⁶;

¹⁴ AZEVEDO, Paulo Furquim de; HENRIKSEN, Alexandre Lauri. **Cartel Deterrence and Settlements: The Brazilian Experience**. EESP FGV, Jul. 2012, p. 08.

¹⁵ BRASIL. Lei nº 11.482, de 31 de maio de 2007. Efetua alterações na tabela do imposto de renda da pessoa física; dispõe sobre a redução a 0 (zero) da alíquota da CPMF nas hipóteses que menciona; altera as Leis nos 7.713, de 22 de dezembro de 1988, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 11.128, de 28 de junho de 2005, 9.311, de 24 de outubro de 1996, 10.260, de 12 de julho de 2001, 6.194, de 19 de dezembro de 1974, 8.387, de 30 de dezembro de 1991, 9.432, de 8 de janeiro de 1997, 5.917, de 10 de setembro de 1973, 8.402, de 8 de janeiro de 1992, 6.094, de 30 de agosto de 1974, 8.884, de 11 de junho de 1994, 10.865, de 30 de abril de 2004, 8.706, de 14 de setembro de 1993; revoga dispositivos das Leis nos 11.119, de 25 de maio de 2005, 11.311, de 13 de junho de 2006, 11.196, de 21 de novembro de 2005, e do Decreto-Lei no 2.433, de 19 de maio de 1988; e dá outras providências.. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 31 maio 2007. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111482.htm>.

¹⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Resolução nº 05, de 06 de março de 2013** – CADE. Aprova a Emenda Regimental n. 01/2013, que altera a seção referente ao Compromisso de Cessação, e

O Termo de Compromisso de Cessação de Prática é, portanto, “um contrato entre a Autoridade Antitruste e as empresas ou indivíduos que são acusados de praticar uma conduta anticoncorrencial, mormente em casos de cartéis¹⁷”.

Além da multa, explanada anteriormente, a parte deve cessar imediatamente a prática da conduta. Não obstante, também há a estipulação de uma multa se a parte descumprir alguma cláusula do acordo. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica pode estabelecer algumas cláusulas que visem melhorar o comportamento da empresa no que toca ao antitruste, tais como: (i) implementar compliance programs – “conjunto de medidas adotadas por uma empresa ou grupo econômico com escopo de informar, educar e instruir seus funcionários sobre as proibições decorrentes das normas antitruste e as política da empresa ou grupo quanto a essas proibições¹⁸” – e (ii) desistir de litigar o objeto do procedimento administrativo no Poder Judiciário.

Ainda, a Autarquia exige a presença de uma “cláusula de cooperação” – não prevista expressamente antes da Resolução nº 05/2013, mas que frequentemente era utilizada pelo órgão quando da celebração de Termos de Compromisso de Cessação de Prática em troca de descontos no valor da contribuição pecuniária.

A usual exigência de colaboração nesses TCCs é perfeitamente compreensível, tendo em vista que, como dito acima, a cooperação é um dos objetivos primordiais da política de acordos em casos de cartel. O ponto é que a estipulação dessa obrigação de forma não excepcionável, como faz a Res. 5/2013, não parece ser a melhor solução. Em determinadas circunstâncias, a autoridade pode abrir mão da cooperação sem que isso represente uma deturpação do instituto do TCC em casos de cartel¹⁹.

O TCC era um acordo extremamente vantajoso às empresas que não conseguiram fazer um acordo de leniência, porquanto havia a suspensão do processo, pagava-se uma multa

renumera os dispositivos regimentais das seções subsequentes. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%205_2013.pdf>.

¹⁷ AZEVEDO, Paulo Furquim de; HENRIKSEN, Alexandre Lauri. **Cartel Deterrence and Settlements: The Brazilian Experience**. EESP FGV, Jul. 2012, p. 06.

¹⁸ WILS, Wouter P. J.. **Antitrust compliance programmes and optimal antitrust enforcement**. *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 1, No. 1 (2013), pp. 52–81. Disponível em: <<http://antitrust.oxfordjournals.org>>. No texto original: “An antitrust compliance programme is a set of measures adopted within a company or corporate group to inform, educate and instruct its personnel about the antitrust prohibitions (Arts 101 and 102 TFEU and similar prohibitions) and the company’s or group’s policy regarding respect for these prohibitions”.

¹⁹ MONTEIRO, Alberto. Compromisso de cessação em casos de cartel: avanços recentes e propostas de aperfeiçoamento. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. Vol. 24/2013 | p. 189 | Jul / 2013.

e não era necessário o reconhecimento de participação no conluio. Bem, isso tudo muda em março de 2013 com o advento da Resolução nº 05 que, dentre as alterações mais expressivas, estipulou que a parte, do contrário ao que ocorria anteriormente, precisava confessar a sua participação, necessariamente.

À primeira vista, essa mudança pode não ser considerada significativa. No entanto, uma análise mais pormenorizada revela que a parte que assina o Termo de Cessação terá uma desvantagem com essa mudança. Ora, antes a parte assinava o TCC, não precisava confessar a culpa e para ela o processo administrativo estava suspenso; ou seja, se a empresa realmente tivesse culpa, a depender do valor da multa aplicável ao caso, era um acordo extremamente vantajoso. Atualmente, com as alterações feitas pela Resolução, a parte terá que continuar pagando a multa, assumir a participação na infração e não terá a garantia conferida ao leniente de imunidade penal. Isso seria o mesmo que dizer que aquele que está fazendo o TCC está praticamente assinando uma confissão de culpa e esperando a instauração de um processo criminal? Ou melhor, até que ponto o Termo de Compromisso de Cessação de Prática é vantajoso àquele que está assinando o acordo?

4. A COEXISTÊNCIA ENTRE O PROGRAMA DE LENIÊNCIA E O TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE PRÁTICA

Existe um motivo pelo qual o legislador previu que somente o primeiro a procurar a Autoridade Administrativa poderia ser beneficiário da leniência, e a explicação é simples: não se pode conferir esse privilégio – imunidade penal e administrativa – a todos aqueles que infringem a lei. Se houvesse a possibilidade de mais pessoas se beneficiarem, mormente com a imunidade penal, correr-se-ia o risco da aplicação da lei ser inócua e de que ocorressem mais infrações à ordem econômica, pois assegurada, de certa forma, uma garantia aos infratores.

Em outras palavras, é a consagração do princípio da supremacia do interesse público. O interesse de que todas as pessoas naturais e pessoas jurídicas cumprirão o disposto em lei, para que haja um mercado – em sentido amplo – livre de vícios.

Nesse ponto, ressalte-se uma diferença muito importante do programa de leniência brasileiro se comparado com os de outros países. A Autoridade de Concorrência Brasileira – CADE – é um dos poucos órgãos antitruste que, assim como nos Estados Unidos, tem a prerrogativa de oferecer a imunidade criminal aos investigados. A maior parte delas – autoridades de concorrência – só pode oferecer a redução ou a imunidade de multas em troca

de cooperação. A exemplo cita-se os acordos de leniência oferecidos pelo Japão, França, Alemanha, México²⁰. A possibilidade de negociar a responsabilidade criminal dos agentes econômicos torna a leniência um programa extremamente vantajoso, tanto para os envolvidos quanto para a Autarquia, que possui mais um atrativo para incentivar a “corrida” pelo marker.

Pois bem, feitas essas considerações, aquele que não consegue ser o leniente – o que teoricamente sai ganhando, pois participou da conduta anticoncorrencial, mas obteve imunidade, total ou parcial, por fornecer informações – faz o que para tentar ter um benefício? Qual a saída para aquele que está sendo acusado em um processo administrativo perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica?

Como toda a boa resposta no Direito, depende. Depende do interesse da parte e depende do interesse do órgão antitruste. Ora, a visualização desse impasse é bem simples. Se o acusado acredita que as provas anexadas aos autos não são suficientes para a condenação, provavelmente restará inerte a espera de que o processo seja arquivado em alguma fase do procedimento administrativo.

Diferente é a situação em que a certeza de uma condenação é maior que a dúvida. Nesse caso, se também for de interesse do órgão antitruste, a parte pode celebrar um TCC, pagar uma multa (na maior parte das vezes, uma multa alta) e suspender o processo administrativo, se a parte reconhecer parcela de culpa no conluio. O reconhecimento de culpa, regulamentação da Resolução nº 05/2013, levou a alguns questionamentos, mormente se ainda seria viável a assinatura de um Termo de Compromisso de Cessação de Prática. Dentre as considerações feitas: (a) haverá reconhecimento de culpa, mas não será garantida a imunidade penal ofertada pela leniência; (b) diferentemente da leniência, não é exigida a presença de um membro do Ministério Público Federal no momento da assinatura do Termo, o que poderia aumentar as chances de, futuramente, a pessoa jurídica ou indivíduo compor o polo passivo de uma demanda; (c) mesmo em caso de absolvição, a empresa que optou pelo TCC deverá pagar a multa previamente estipulada.

No entanto, ainda que esses argumentos pareçam ser suficientemente contundentes, a celebração de um Termo de Compromisso de Cessação de Prática ainda é vista como vantajosa como será explanado a seguir.

A ICN (International Competition Network), muito antes da mudança na lei brasileira, afirmou que o reconhecimento de culpa seria o requisito-chave para a celebração de um TCC, em Relatório apresentado em 2008 – *Cartel Settlements* – no qual discorre “um

²⁰ OECD Policy Roundtables. **Leniency for subsequent applicants**. 2012, p. 47. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/Leniencyforsubsequentapplicants2012.pdf>>. Acesso em 02 março 2014.

acordo em caso de cartel deve ao menos descrever a conduta do cartel em questão. No entanto, as jurisdições diferenciam-se, contudo, se o signatário deve reconhecer culpa e/ou reconhecer os fatos que embasam a conduta de cartel sob investigação²¹”.

Apesar da divergência entre as jurisdições, importantes Autoridades de Defesa da Concorrência do Canadá, Alemanha, Israel e Estados Unidos já exigiam o reconhecimento de culpa para a celebração de um acordo de compromisso, mesmo diante da previsão legal do *non contendere*²², se houver autorização da Autoridade Antitruste. Ou seja, a admissão de culpa não foi uma inovação proposta pelo legislador brasileiro, porquanto baseia-se em uma experiência internacional que proporcionou resultados frutíferos no combate à atos anticompetitivos.

Ademais, o não reconhecimento de culpa no TCC, principalmente nos casos de cartéis clássicos, poderia torna-lo uma alternativa mais interessante do que a celebração de um acordo de leniência, no qual há necessidade de confissão de culpa para a obtenção dos benefícios oferecidos.

Além da prática e recomendações internacionais, a questão financeira também configura uma vantagem para a negociação de um acordo. Na última década, principalmente, com objetivo de garantir maior efetividade à lei, o CADE passou a impor multas consideravelmente altas às empresas e aos indivíduos que compõe um cartel “*hard core*”, conforme se observa na tabela a seguir:

| Case | Initiation of the Investigation - Adjudication | Fines (US\$) ²³ |
|-------------------|--|----------------------------|
| Air Cargo | 2006-2013 | 124 million |
| Hydrogen Peroxide | 2004-2012 | 58 million |
| Industrial Gases | 2003-2010 | 1 billion |
| Steel Bars | 2000-2005 | 148 million |
| Crushed Rock | 2002-2005 | 26 million |

²¹ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **Cartel Settlements**. 2008, p. 19. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc347.pdf>>. No texto original: “A cartel settlement must, at minimum, describe the cartel conduct at issue. Jurisdictions differ, however, as to whether a settling party must admit guilt and/or admit to the factual basis underlying the cartel conduct the settlement resolves”.

²² Os acordos que ontem o *nolo contendere* preveem expressamente que a sua assinatura não importa em confissão de matéria de fato, muito menos o reconhecimento de ilicitude da conduta.

²³ MARTINEZ, Ana Paula. **Brazil’s Leniency Program: Recent Developments and Challenges Ahead**. 10th ABA/IBA International Cartel Workshop. 2014, p. 05. Disponível em: <http://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20140123143354_brazil-s-leniency-program--recent-developments-and-challenges-ahead--10th-iba-aba-amp.pdf>.

| | | |
|-------------------|-----------|-------------|
| Flat Steel | 1996-1999 | 23 million |
| Security Services | 2003-2007 | 18 million |
| Vitamins | 1999-2007 | 7 million |
| Sand Extractors | 2006-2008 | 1.3 million |

O resultado lógico-matemático ao confrontar tais números com as porcentagens previstas no art. 187 do Regimento Interno da Autarquia resume-se na vantagem de celebrar um Termo de Compromisso no que se refere à parte financeira. Com relação às reduções percentuais, cumpre ressaltar que o “CADE já fixou jurisprudência no sentido de impor multa de ao menos 15% a 20% para os participantes de cartéis clássicos, havendo tendência ao endurecimento das penalidades hoje aplicadas²⁴”.

Não obstante a vantagem financeira decorrente da redução significativa da multa aplicada ao caso concreto, a análise das outras penalidades aplicáveis pela Autarquia, em caso de condenação, também deve ser levada em consideração pela parte. Isso porque a Lei 12.529/2011 não limita a penalidade às multas, podendo o Conselho estabelecer outras sanções aos participantes de cartéis.

O art. 38 da Lei consigna que além das penas previstas no art. 37 – multas para empresas e para indivíduos – podem ser aplicadas outras penas, tais como: I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas; II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos; III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito e/ou não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos; V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade; VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como

²⁴ PARECER SDE. Autos nº 08012.010932/2007-18. **Requerimento de TCC apresentado por Manuli Rubber Industries.** Ministério da Justiça. 2008.

representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Observe que são imposições rígidas, que podem comprometer desde acordos econômicos já pactuados, bem como a própria estrutura da empresa. Ainda com relação aos efeitos que podem ser causados às empresas, destaca-se a última disposição do artigo “*qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica*”, a qual, devida a sua amplitude, deixa margem para que o órgão antitruste aplique medidas mais severas do que as expressamente previstas em lei. Se, por um lado tal disposição pode assegurar um melhor “reparo” dos danos causados à ordem econômica, o que atente, portanto, ao interesse público geral, por outro traz uma espécie de insegurança aos infratores por não saber ao certo todas as medidas que poderão ser impostas.

Além das vantagens anteriormente citadas, é necessário rememorar que o escopo principal do Termo de Compromisso de Cessação de Prática é a suspensão do processo administrativo, o que por si só, configura outra vantagem. A empresa não precisará se preocupar com todas as possíveis consequências de um processo administrativo, pois a pessoa jurídica terá a oportunidade de negociar, juntamente por uma Comissão de Negociação composta por 3 (três) servidores²⁵ do CADE, as disposições do acordo.

5. CONCLUSÃO

A Constituição Brasileira de 1988 possui em seu texto várias normas programáticas, com objetivos a serem cumpridos pelo Estado. Dentre eles, o interesse da coletividade é o que prepondera quando se fala em área econômica.

É a defesa dos interesses coletivos que justificam a intervenção do estado na economia quando o particular ou a empresa extrapola os limites conferidos aos direitos individuais. Essa é a conclusão obtida através da interpretação do art. 170 da Constituição Federal, o qual confere ao Estado o dever de proteger a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor.

Dada a importância da proteção à Ordem Econômica, não pode essa disposição constitucional ser somente apreciada pelo Poder Público. O Estado, portanto, deve criar mecanismos para que as infrações sejam reprimidas e punidas. Nesse contexto, a Lei

²⁵ Conforme disposição do artigo 181 do Regimento Interno do CADE.

8.884/1994²⁶ pode ser classificada como a inovação do Estado Brasileiro ao ser a lei de defesa da concorrência – existiram outras antes de sua publicação, a exemplo das Leis 4.137/1962²⁷ e 8.158/1991²⁸, mas nenhuma com a sua significância – que transformou o CADE em Autarquia Federal, conferindo maior autonomia ao Conselho.

Mas de nada significaria a elevação à Autarquia Federal se o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência não construísse instrumentos que permitissem a repressão dos constantes abusos praticados pelos agentes econômicos. Deve, portanto, o Estado “atuar no controle do abuso de poder econômico, preservando a liberdade de concorrência, através do direito antitruste²⁹”.

Dentre as diversas formas de prejudicar a economia, e conseqüentemente os consumidores, a formação de cartéis tem ganhado especial atenção do governo brasileiro e de diversos países ao redor do mundo. Isso porque “o perigo representado pelos cartéis à ordem econômica é tão vasto devido ao fato de que eles prejudicam a eficiência econômica – pois suprimem a concorrência entre agentes econômicos atuantes dentro de um mesmo mercado relevante – e limitam o direito fundamental de escolha do consumidor, extremamente prejudicado, na medida em que este tipo de acordo traz consigo um conseqüente desinteresse por parte das empresas participantes em investir em pesquisa, em desenvolvimento de novas tecnologias e qualidade dos produtos e no aumento qualitativo e quantitativo da produção³⁰”.

Mais adiante, os cartéis também podem produzir efeitos macroeconômicos, como a promoção do desemprego, tensões artificiais de custos e inflação. Os prejuízos causados por um cartel podem ser tão grandes que o governo está intensificando a política de combate a essa prática anticoncorrencial.

O primeiro grande cartel internacional a ser julgado no Brasil foi denominado “Cartel das Vitaminas”, caso que teve grande repercussão na mídia. “Entre 1990 e 1999, as

²⁶ BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 13 jun. 1994. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18884.htm>.

²⁷ BRASIL. Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962. Regula e repressão ao abuso do Poder Econômico. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 27 nov. 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137impresao.htm>.

²⁸ BRASIL. Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991. Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8158.htm>.

²⁹ MARTINS, Amanda Athayde Linhares; FONTANA, Bernanrdo Becker; CARVALHO, Vinícius Marques de. Cartéis internacionais e defesa da concorrência no Brasil. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. Vol. 20. p. 137. Jul / 2011.

³⁰ CÓRDOVA, Danilo Ferraz; LOPES, Mariana Rebuzzi Sarcinelli. Política de combate aos cartéis: os acordos de leniência, o termo de compromisso de cessação e a Lei 11.482/2007. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. Vol. 15. p. 45. Jan / 2007

nove maiores fabricantes mundiais de vitaminas (incluindo Basf AG, F. Hoffman La Roche AG, Aventis S.A, Merck KgaA e Solvay Pharmaceuticals) dividiram o mundo em regiões de atuação e discutiram preços e volume de vendas das vitaminas A, E, B2, B5, C e Betacaroteno³¹. O cartel foi descoberto porque um dos integrantes delatou o conluio em troca de algumas vantagens conferidas pelas Autoridades Antitruste, nos países afetados.

Esse caso, além da evidente importância internacional, é um exemplo da necessidade de os Órgãos de Defesa da Concorrência terem a previsão do Programa de Leniência e da possibilidade de negociar com os infratores mediante outro tipo de acordo, a exemplo do que ocorre no TCC.

O Programa de Leniência Brasileiro, inspirado nas regras que regem esse instituto nos Estados Unidos – percussores da leniência que foi implementada em 1978 devido ao alto número de cartéis presentes na economia americana –, possibilita ao leniente a imunidade total ou parcial, a depender das informações que a Autarquia possui, das sanções administrativas e penais.

O Termo de Compromisso de Cessação de Prática, a seu turno, é um acordo negociado entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a parte. A Autarquia se beneficiará com as informações obtidas através do acordo, posto que é obrigatório que a parte forneça dados e contribua nas investigações. A parte, por sua vez, poderá ter o processo administrativo suspenso, o que lhe poupará tempo e recursos financeiros.

O problema vislumbrado no decorrer do artigo é a especificação de confissão de culpa por parte da empresa, o que gerou uma certa desconfiança para a celebração dos TCCs.

A Resolução nº 05/2013 trouxe inovações significativas para o desenvolvimento do Termo de Compromisso de Cessação de Prática. Essas modificações foram baseadas no sucesso da experiência internacional de outros Órgãos Antitruste e visam aperfeiçoar o modo de obtenção de informações. Para a parte, além de poupar os recursos financeiros decorrentes do processo administrativo – dentre eles os honorários do advogado – pois haverá sua suspensão, possibilita a discussão dos termos do contrato e a redução da multa aplicável ao caso. Portanto, não importa as mudanças feitas ou o que as más línguas dizem, a celebração de um TCC compensa.

REFERÊNCIAS

³¹ MARTINS, Amanda Athayde Linhares; FONTANA, Bernanrdo Becker; CARVALHO, Vinícius Marques de. Cartéis internacionais e defesa da concorrência no Brasil. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. Vol. 20. p. 137. Jul / 2011.

AZEVEDO, Paulo Furquim de; HENRIKSEN, Alexandre Lauri. **Cartel Deterrence and Settlements: The Brazilian Experience**. EESP FGV, Jul. 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962. Regula e repressão ao abuso do Poder Econômico. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 27 nov. 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137impressao.htm>.

BRASIL. Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991. Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8158.htm>.

BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 13 jun. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm>.

BRASIL. Lei nº 11.482, de 31 de maio de 2007. Efetua alterações na tabela do imposto de renda da pessoa física; dispõe sobre a redução a 0 (zero) da alíquota da CPMF nas hipóteses que menciona; altera as Leis nos 7.713, de 22 de dezembro de 1988, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 11.128, de 28 de junho de 2005, 9.311, de 24 de outubro de 1996, 10.260, de 12 de julho de 2001, 6.194, de 19 de dezembro de 1974, 8.387, de 30 de dezembro de 1991, 9.432, de 8 de janeiro de 1997, 5.917, de 10 de setembro de 1973, 8.402, de 8 de janeiro de 1992, 6.094, de 30 de agosto de 1974, 8.884, de 11 de junho de 1994, 10.865, de 30 de abril de 2004, 8.706, de 14 de setembro de 1993; revoga dispositivos das Leis nos 11.119, de 25 de maio de 2005, 11.311, de 13 de junho de 2006, 11.196, de 21 de novembro de 2005, e do Decreto-Lei no 2.433, de 19 de maio de 1988; e dá outras providências. **Diário Oficial**

[da] **República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 31 maio 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111482.htm>.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1º nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Combate a cartéis e Programa de Leniência**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE_CADE.pdf>. Acesso em: 01 março 2014.

_____. **Nota Oficial do Cade**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?72c554a57f946ba87dca9ab78cb1>>.

_____. **Resolução nº 05, de 06 de março de 2013 – CADE**. Aprova a Emenda Regimental n. 01/2013, que altera a seção referente ao Compromisso de Cessaçã, e renumera os dispositivos regimentais das seções subsequentes. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%205_2013.pdf>.

CÓRDOVA, Danilo Ferraz; LOPES, Mariana Rebuszi Sarcinelli. Política de combate aos cartéis: os acordos de leniência, o termo de compromisso de cessação e a Lei 11.482/2007. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. Vol. 15. Jan / 2007.

HAMMOND, Scott D.. **The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement over the last two decades**. NATIONAL INSTITUTE ON WHITE COLLAR CRIME. 2010. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/255515.pdf>>.

IACOBUCCI, Edward M. **Cartel class actions and immunity programmes**. Journal of Antitrust Enforcement, Vol. 1, No. 2 (2013).

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **Cartel Settlements**. 2008. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc347.pdf>>.

MARTINEZ, Ana Paula. **Brazil's Leniency Program: Recent Developments and Challenges Ahead**. 10th ABA/IBA International Cartel Workshop. 2014, p. 05. Disponível em: <http://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20140123143354_brazil-s-leniency-program--recent-developments-and-challenges-ahead--10th-iba-aba-amp.pdf >.

MARTINS, Amanda Athayde Linhares; FONTANA, Bernarndo Becker; CARVALHO, Vinícius Marques de. Cartéis internacionais e defesa da concorrência no Brasil. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. Vol. 20. Jul / 2011.

MONTEIRO, Alberto. Compromisso de cessação em casos de cartel: avanços recentes e propostas de aperfeiçoamento. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. Vol. 24/2013. Jul / 2013.

MOTTA, Massimo. **Competition Policy: Theory and Practice**. New York: Cambridge University Press. 2004.

OECD POLICY ROUNDTABLES. **Leniency for subsequent applicants**. 2012, p. 47. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/Leniencyforsubsequentapplicants2012.pdf>>.

PARECER SDE. Autos nº 08012.010932/2007-18. **Requerimento de TCC apresentado por Manuli Rubber Industries**. Ministério da Justiça. 2008.

VISCUSSI et al. **Economics of Regulations and Antitrust**. Massachusetts: The MIT Press. 4 ed. 2005, p. 03.

WILS, Wouter P. J.. **Antitrust compliance programmes and optimal antitrust enforcement**. Journal of Antitrust Enforcement, Vol. 1, No. 1 (2013). Disponível em: <<http://antitrust.oxfordjournals.org>>.

_____. **Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice**. 25th Conference on New Political Economy. Outubro 2006