

## A CELEBRAÇÃO DE TERMOS DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO (TCC) EM INVESTIGAÇÕES POR CONDUTAS UNILATERAIS

*Ana Sofia Cardoso Monteiro<sup>1</sup>*

*Julia Werberich<sup>2</sup>*

**Resumo:** O artigo apresenta uma revisão do histórico do CADE quanto à celebração de Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) no âmbito de investigações de condutas unilaterais. A partir da identificação de padrões de análise no estudo empírico realizado, verifica-se se as presunções quanto às dificuldades de formalização destes acordos podem ser ou não confirmadas, bem como a medida em que estes obstáculos poderiam ser transponíveis, a aprimorar a atuação do CADE no *enforcement* em casos de investigação de condutas unilaterais, tendo em vista a inexistência de um entendimento jurisprudencial consolidado.

**Palavras-chave:** Termos de Compromisso de Cessação; CADE; Condutas Unilaterais; Parâmetros de Negociação; Padrão de Análise.

**Abstract:** This article submits a review of CADE's history regarding the execution of Cease-and-Desist Agreements (the so-called TCCs under the Brazilian legal framework) in the scope of unilateral conduct investigations. Based on the identification of patterns of analysis in the empirical examination conducted, it is verified whether assumed strains involved in the formalization of these settlements are confirmed or not, as well as the extent to which these difficulties could be overcome as a way of improving CADE's enforcement actions in cases of investigation of unilateral conducts, given the absence of a consolidated and informative case law.

---

<sup>1</sup> Advogada, formada pela UFRJ, economista e internacionalista, formada pelo IBMEC/RJ. Mestre em Administração de Empresas com ênfase em finanças pelo COPPEAD/UFRJ e Pós-graduanda em Direito Econômico e Concorrencial pela FGV e Doutoranda pela USP. Havendo trabalhado com arbitragem e contencioso estratégico antes de ingressar no Cade, hoje exerce a função de Coordenadora-Geral da Coordenação Antitruste 2. Anteriormente, foi Chefe de Assessoria Técnica na Presidência. Sofia hoje coordena o Grupo de Trabalho que discute a utilização de cláusulas arbitrais e trustees em sede de cumprimento de decisão no âmbito do Cade..

<sup>2</sup> Advogada e Pesquisadora pela Universidade Nova de Lisboa. Foi assessora no Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. É pós-graduanda em Direito da Concorrência e Economia pela FGV, mestranda em Direito e Mercados Financeiros na Universidade Nova de Lisboa, Pós-graduada em Direito Empresarial pela FGV e Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília.

**Keywords:** Cease and Desist Agreement; CADE; Unilateral Conducts; Negotiation Parameters; Analysis Pattern.

## 1. Introdução

Os Termos de Compromisso de Cessação (“TCCs”) foram disciplinados pela antiga Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 8.884/94) e mantidos pela Lei nº 12.529/2011 em seu artigo 85, podendo ser negociados com a autoridade antitruste a pedido do representado ou a requerimento, uma vez atendidos os critérios de conveniência e oportunidade previstos no *caput* do referido artigo.

A partir da promulgação da nova lei, o papel dos TCCs no contexto de investigações de condutas colusivas mostrou-se decisivo na construção da história institucional do CADE, seguindo o padrão do continente americano, no qual, de acordo com o levantamento mais recente da OCDE<sup>3</sup>, cerca de 48% dos casos envolvendo condutas cartelizadas resultou em acordo (considerando uma média de 130 casos julgados por ano, no período compreendido entre 2015 e 2019).

Mas e quando estes acordos são celebrados no contexto da “terceira onda do antitruste”? Conforme defendem Athayde e Jacobs<sup>4</sup>, esta terceira onda remete à ascensão dos ilícitos concorrenciais advindos de condutas unilaterais, o antigo calcanhar de Aquiles do CADE, de acordo com os últimos *Peer Reviews* publicados pela OCDE<sup>5</sup>.

Apesar de já se falar em uma quarta onda, que remete à análise regulatória do antitruste<sup>6</sup>, a terceira onda não parece ter morrido na praia, mas,

---

<sup>3</sup> OECD (2021), OECD Competition Trends 2021, Volume I: Global Competition Enforcement Update 2015-2019. P. 13.

<sup>4</sup> ATHAYDE, Amanda; JACOBS, Patrícia. “A terceira ‘onda’ do antitruste no Brasil: marolinha ou tsunami?”. Revista Consultor Jurídico, 1 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-01/athayde-jacobs-terceira-onda-antitruste-brasil>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

<sup>5</sup> OECD (2019), OECD *Peer Reviews of Competition Law and Policy*: Brazil. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

<sup>6</sup> JÚNIOR, Marco Antonio Fonseca. “Que onda surfa o Cade?”. *Estadão*, 17 de agosto de 2021. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/que-onda-surfa-o->

ao contrário, vem sendo impulsionada por abalos sísmicos, como o papel da pandemia do COVID-19 em acelerar o crescimento dos mercados digitais, ampliando o número de casos envolvendo abuso de posição dominante por parte das plataformas.

Entretanto, a elevada complexidade envolvida neste tipo de análise, considerando que se trata de ilícitos por efeito e, portanto, avaliados sob a ótica da regra da razão, impõe desafios adicionais ao juízo de conveniência e oportunidade para iniciar um acordo. Esses desafios se estendem a outras questões debatidas ao longo de sua negociação, como é o caso da necessidade e quantificação de uma contribuição pecuniária, da aplicação de multa por descumprimento, da necessidade de confessar ou não a prática lesiva e, finalmente, da inclusão ou não de garantias, por parte da Administração Pública, com relação à determinação sobre se a prática cessada através da celebração do acordo constituirá ou não um precedente vinculante para a instituição e da própria análise de mérito do caso.

Assim, inobstante o fato de ter o CADE estruturado um Guia de TCC, trazendo diretrizes gerais sobre a celebração destes acordos no âmbito da Autarquia, ainda há muita dúvida no que diz respeito aos parâmetros de negociação para acordos em sede de condutas unilaterais, como abuso de posição dominante através da adoção de cláusulas de exclusividade, programas de desconto, fixação de preços de revenda, recusa de contratar e até mesmo a discriminação de preços<sup>7</sup>.

Recentemente, o Documento de Trabalho “TCC na Lei 12.529/2011”, publicado pelo CADE em fevereiro de 2021 e fruto das contribuições de Carolina Saito, consultora PNUD<sup>8</sup>, identificou alguns padrões na celebração de acordos pelo CADE desde que a Lei nº 12.529/2011 entrou em vigor. Naquela oportunidade, chamou-se atenção à proporção dos TCCs

---

[cade/#:~:text=Come%C3%A7ou%2Dse%2C%20ent%C3%A3o%2C%20a,rep-  
rat%C3%B3rias%20decorrentes%20de%20danos%20concorrenciais](#). Acesso em: 20 de setembro de 2021.

<sup>7</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 135.

<sup>8</sup> CADE, 2021. Documento de Trabalho: TCC na Lei 12.529/11. Fevereiro, 2021. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/TCC%20na%20Lei%20n%C3%B0%2012.52911/TCC%20na%20Lei%20n%C3%B0%2012.529-11.pdf> . Acesso em: 20 de setembro de 2021.

celebrados em sede de cartel, frente aos acordos realizados perante condutas unilaterais – aproximadamente 3 para 1<sup>9</sup>.

Tal desproporção poderia ser explicada como um reflexo da desigualdade no que diz respeito à quantidade de investigações em cartéis vis-à-vis o volume de casos instaurados para averiguar infrações à ordem econômica no contexto das condutas unilaterais. Entretanto, analisar os dados sobre a abertura de investigações na Autarquia é suficiente para se chegar à conclusão de que esta hipótese não explica este desnível, uma vez que, segundo aponta o Anuário do CADE 2020, a proporção média de cartéis com relação às condutas unilaterais considerando todas as investigações instauradas no ano foi de 1,16<sup>10</sup>.

De acordo com o último *Peer Review* produzido pela OCDE com relação ao *enforcement* do antitruste no Brasil<sup>11</sup>, é possível que a reduzida frequência da celebração de TCCs em sede de condutas unilaterais possa ser explicada a partir do receio da Autarquia em impedir a formação de um histórico jurisprudencial e, conseqüentemente, reduzir a experiência analítica do tribunal administrativo do CADE. Entretanto, apesar de parecer uma preocupação válida, sua natureza parece ser muito mais prospectiva do que explanatória.

Assim, o que talvez seja a melhor explicação para a desigualdade na celebração destes acordos com relação aos diferentes tipos de conduta é o frequente arquivamento de investigações envolvendo condutas unilaterais, somado às incertezas quanto à correta fase processual para a celebração de um acordo – considerando a evolução do Procedimento Preparatório (Art. 66, §2º) para o Inquérito Administrativo (Art. 66, §1º) e, finalmente, para o Processo Administrativo (Art. 69 e seguintes), todos previstos na Lei de Defesa da Concorrência.

Ora, a incerteza sobre quando e porque celebrar um acordo com o(s) representado(s) também gera dúvidas com relação às demais questões

---

<sup>9</sup> Ibid. Conforme é possível constatar da Leitura da Imagem 6 (Página 18), aproximadamente 65,6% dos TCCs firmados envolviam casos de cartel, enquanto apenas 22,6%, casos de conduta unilateral.

<sup>10</sup> ANUÁRIO CADE 2020. Brasília, 2020. p. 9. Disponível em: <https://indd.adobe.com/view/c0c3df8b-400c-4752-861f-bf4c22320e6b>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

<sup>11</sup> Op cit. OCDE (2019).

debatidas ao longo de sua negociação, motivo pelo qual o presente artigo propõe-se a revisar o histórico do CADE no que diz respeito à celebração de TCCs em sede de condutas unilaterais durante a vigência da Lei nº 12.529/2011, procurando identificar padrões e inconsistências, de modo que a sistematização deste histórico possa auxiliar tanto a Autarquia quanto os jurisdicionados, contribuindo para aumentar a segurança jurídica quanto aos parâmetros para a realização deste complexo e bastante peculiar juízo de conveniência e oportunidade.

## **2. Celebração de TCCs em condutas unilaterais e cartéis: as diferentes bases para a negociação.**

Tanto na jurisprudência do CADE, quanto no entendimento doutrinário, resta claro que a diferença entre as condutas unilaterais e os cartéis remete à razoabilidade da restrição concorrencial produzida por estes ilícitos<sup>12</sup>. Isto é, enquanto cartéis são tão danosos a ponto de serem considerados ilícitos *per se*, condutas unilaterais podem gerar efeitos benéficos, o que remete à necessidade de utilizar um padrão de análise distinto. É certo que tal diferenciação também afeta as bases e a própria lógica para a celebração de acordos, considerando os incentivos dos agentes e os objetivos da Autarquia.

É neste sentido que a própria Lei nº 12.529/2011 prevê essa distinção, por exemplo, ao definir ser obrigatória a inclusão de contribuição pecuniária para os TCCs firmados em casos de cartel, bem como instituir um piso para tal contribuição, qual seja, o mínimo previsto no Art. 37 da mesma lei, que relaciona os parâmetros de dosimetria da multa (Art. 85, §2º).

---

<sup>12</sup> O primeiro caso que inaugurou a proibição de cartéis "por objeto" no CADE foi o Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18, julgado em 20/02/2013, oportunidade em que o então Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo manifestou o entendimento de que, mesmo constituindo uma infração por objeto, a divulgação de tabela de preços não configura uma infração *per se*. Logo, a presunção de ilicitude poderia ser afastada caso fosse possível demonstrar, diante das circunstâncias concretas, que a sugestão de preços foi utilizada para a realização de outro objeto lícito e razoável. Foi assim que o CADE inaugurou uma terceira via em relação ao tratamento concedido a partir da regra da razão e da utilização do conceito de "ilícito *per se*", que segue sendo utilizado em casos de cartéis *hard core*. De toda forma, a consideração de cartéis como ilícitos por objeto afasta estes casos das hipóteses de aplicação da regra da razão, utilizando-se da inversão do ônus da prova e admitindo excludentes de ilicitude que envolvam a demonstração de eficiências.

Para além da contribuição pecuniária necessária, o Regimento Interno do CADE complementa esta diferenciação ao dispor de uma Subseção própria (nº IV), incluída dentro da Seção III, que trata sobre o Compromisso de Cessação, especificando questões adicionais a serem observadas na celebração de TCCs firmados em investigações de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes.

Estas questões incluem (i) a necessidade de o TCC conter reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário (Art. 185), (ii) a previsão de colaboração do compromissário com a instrução processual (Art. 186); (iii) a possibilidade de reduzir a multa com base na ordem dos compromissários que realizarem o requerimento primeiro (Art. 187); (iv) o estado do processo administrativo para fins de aplicação de percentual máximo da redução da multa (Art. 199).

Ocorre que essas diferenças nas bases para a negociação decorrem tanto da natureza da conduta, o que se traduzirá na cadeia de incentivos dos agentes, quanto dos efeitos que a celebração do acordo ocasionará no mercado, o que está intimamente ligado aos parâmetros utilizados nesta negociação. Na seção a seguir, revisaremos as principais dificuldades enfrentadas neste tipo de negociação, para então verificar como o CADE vem se posicionando com relação ao total de 76 TCCs celebrados em sede de condutas unilaterais, desde a vigência da Lei 12.529/2011 até 11 de dezembro de 2019, data da 151ª Sessão Ordinária de Julgamento<sup>13</sup>.

### **3. Do levantamento empírico e das dificuldades verificadas para a celebração dos TCCs em investigações por condutas unilaterais.**

Como já elucidado, a celebração de TCCs em processos de apuração de condutas unilaterais traz desafios superiores aos acordos realizados em sede de condutas colusivas, seja para a autoridade antitruste, seja para os próprios compromissários. Parte destes desafios advém da própria escassez de recursos

---

<sup>13</sup> A base de dados utilizada para compor a amostra foi similar ao documento de trabalho "TCC na Lei 12.529/2011", publicado em fevereiro de 2021. Disponível em <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.52911/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.529-11.pdf>>. Acesso em 22/06/2022.

empregados em investigações de condutas unilaterais e da quantidade exígua de negociações de TCCs nesse âmbito.

Ora, pode-se dizer que a natureza do ilícito investigado traduz boa parte desta dificuldade, uma vez que as condutas unilaterais possuem pressupostos de ilicitude mais amplos do que as colusivas, o que, por si só, já configuraria um desincentivo ao promitente compromissário, vez que sua probabilidade de condenação é reduzida.

Isto é, de acordo com a teoria da utilidade esperada, além da maior previsibilidade de uma possível condenação em sede de uma conduta colusiva – o que estará intimamente relacionado com o sopesamento do padrão probatório dos autos<sup>14</sup> - o próprio padrão decisório do CADE demonstra que a probabilidade de arquivamento de uma conduta unilateral é relativamente maior. Não obstante a dimensão conceitual do problema, importa analisar individualmente cada um dos parâmetros de negociação, de modo a identificarmos os pontos de inflexão capazes de modificar ou mesmo potencializar a teia de incentivos originária.

Em primeiro lugar, importa tratar acerca da necessidade da fixação de uma contribuição pecuniária e os parâmetros para sua quantificação. Como já foi esclarecido na seção anterior, enquanto para a celebração de TCCs em cartel é requisito que seja fixada tal contribuição, o mesmo não é verdade em se tratando de condutas unilaterais.

Dos 76 TCCs celebrados desde a vigência da Lei 12.529/2011, 14 casos (18,42%) dispensaram sua fixação, ao passo em que um total de 39 casos (51,3%) teve a fixação da contribuição fixada proporcionalmente ao aporte da operadora Unimed (Representada), variando entre R\$ 10 e R\$ 30 milhões. Finalmente, os 23 casos remanescentes (30,26%) aplicaram uma média de R\$8.652.645,90 em contribuições pecuniárias, o que representa tão somente 6,14% do total de contribuições fixadas em TCCs no ano de 2020<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> “(...) a caracterização do ilícito de cartel exige uma efetiva comprovação de que existe ou existiu entre concorrentes um acordo cujo objeto é a restrição da competição, em que a presunção de produção dos efeitos anticompetitivos visados baseia-se, notadamente, pela detenção de relevante parcela conjunta de mercado”. Op. Cit. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. 2016. P. 14.

<sup>15</sup> ANUÁRIO CADE 2020. Brasília, 2020. p. 11. Disponível em: <https://indd.adobe.com/view/c0c3df8b-400c-4752-861f-bf4c22320e6b>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

Ora, essa clara dificuldade na adoção de uma contribuição pecuniária condizente remete não apenas à ausência de presunção de ilicitude da conduta, como ocorre nos casos de cartel, mas também do fato de que, como a própria ilicitude é um ponto controverso que prescinde da mensuração dos efeitos que a conduta provocará naquele mercado, é pouco provável que, no momento da negociação do TCC, exista certeza quanto ao valor capaz de dissuadir aquela prática futuramente.

Este fenômeno causará pelo menos dois efeitos, cujo entendimento requer retomar os conceitos de falsos positivos e falsos negativos<sup>16</sup>. Quando tratamos de um falso positivo, ou seja, a condenação de um agente que não praticou um ilícito, é possível que o fato de se tratar de uma conduta unilateral gere danos mais intensos ao mercado, prejudicando a própria dinâmica naturalmente competitiva. Assim, exigir o pagamento de uma contribuição pecuniária nessas circunstâncias apenas potencializaria este dano. Por outro lado, um falso negativo poderia beneficiar-se da incerteza quanto aos parâmetros para aplicação da contribuição, que provoca um desvio-padrão tão alto quanto aquele que é verificado.

Já em relação às cláusulas de estabelecimento de multa por descumprimento do acordo, a mesma problemática recai quanto à mensuração deste valor. Neste sentido, apesar de o art. 85, §1º, II do RICADE estabelecer como cláusula obrigatória a multa por descumprimento total ou parcial dos termos do TCC, quando os acordos não fixam uma contribuição pecuniária, torna-se impossível realizar qualquer exercício de correlação entre estes valores - o que normalmente se faria nos casos de cartel.

Após revisar os mesmos 76 TCCs firmados neste espaço de tempo, constata-se que a maioria deles (aproximadamente 85,5%) possui cláusulas de

---

<sup>16</sup> Segundo COPPER ET AL (2005, p. 58), as autoridades responsáveis pelo enforcement do direito antitruste raramente podem ter certeza se uma determinada prática empresarial é ou não anticompetitiva. Dentre os erros que estas autoridades cometerão, destaca-se dois tipos de erros que serão sentidos em qualquer regra decisória: perdas decorrentes da persecução a práticas pró-competitivas (falsos positivos) e perdas decorrentes da não persecução a práticas anticompetitivas (falsos negativos). Cf. Cooper, James, Luke Froeb, Daniel O'Brien, e Michael Vita. 2005. "Vertical Restrictions and Antitrust Policy: What about the Evidence?" SSRN Scholarly Paper ID 825089. Vanderbilt Public Law Research Paper No. 05-32. Rochester, NY: Social Science Research Network. <http://papers.ssrn.com/abstract=825089>. Acesso em 22/06/2022.

multa por descumprimento do tipo "escalonadas", ou seja, que fixam multas diferentes a depender do tipo de obrigação que venha a ser descumprida.

Do universo das cláusulas escalonadas, apenas 4,6% delas utilizam-se da receita líquida corporativa como a base de cálculo da multa, ao passo em que 3% acabam aplicando como multa um percentual do valor da contribuição pecuniária fixada. Dentre as cláusulas que fixam multas apenas em caso de descumprimento integral, 9% relacionam o valor da multa com esta contribuição.

A maior questão relativa ao estabelecimento de multa nesses casos deriva da própria dificuldade no monitoramento de cumprimento do acordo. Assim, caso a autoridade antitruste entenda pela não aplicação de cláusula de contribuição pecuniária, por todos os problemas evidenciados acima, os termos do acordo de TCC estarão calcados tão somente em obrigações de fazer e de não fazer, além de remédios comportamentais, cuja dificuldade de monitorar o seu cumprimento é conhecida não apenas pelo CADE, como também pelos demais órgãos atuantes na defesa da concorrência.

Ora, esta dificuldade no monitoramento também é outro elemento característico neste tipo de acordo. Neste sentido, denota-se que a esmagadora maioria, compreendendo aproximadamente 85,5% destes TCCs, adota como padrão de monitoramento de decisão a prestação de informações diretamente ao CADE, ao passo que o percentual remanescente se divide entre a contratação de consultoria externa, auditoria independente ou, mais recentemente, a adoção dos *Trustees*.

É certo que a ausência de um terceiro independente pode acarretar comportamentos oportunistas por parte dos promitentes compromissários, na medida em que estes vislumbrem, no decorrer das negociações, formas de maquiagem eventuais descumprimentos, utilizando-se da assimetria informacional entre a autoridade e o representado no que diz respeito às particularidades de seu negócio.

De toda forma, ainda que o monitoramento seja realizado pela figura do *Trustee*, a fixação de obrigações comportamentais continua representando um ponto sensível para a identificação de descumprimento e, retomando o ponto anterior, a fixação de uma multa suficientemente dissuasória, o que poderia vir a ser complementado pela necessidade de confissão por parte do compromissário.

Por fim, a desnecessidade de confessar a prática lesiva, tanto com relação à matéria de fato, quanto sobre o reconhecimento da ilicitude do objeto investigado, conforme dispõe o §5º do art. 179 do Regimento Interno do CADE, difere absolutamente do que ocorre nos casos de cartel, o que enseja um questionamento com relação à eficácia da celebração de acordos em sede de conduta unilateral.

Em muitos casos já julgados pelo CADE, ou mesmo em fase de instrução, há dúvidas por parte da autoridade antitruste em relação ao reconhecimento da conduta como um ilícito *per se* ou não. Mas ainda que já se tenha entendido pela necessidade de apuração pela regra da razão (como as discussões envolvendo a cobrança de THC2 em portos), a depender da fase em que se encontra o processo, um agente que se compromettesse com a celebração do TCC em um estágio inicial e tivesse que confessar a prática lesiva provavelmente não enxergaria grandes benefícios com a celebração do acordo, sendo mais lógico que apenas optasse por fazê-lo em uma fase processual mais amadurecida e próxima à formação da convicção do julgador quanto à existência do ilícito.

Cabe, portanto, o questionamento sobre se a obrigatoriedade de assunção de culpa como requisito para a celebração de TCCs em sede de condutas unilaterais não seria capaz de viciar os termos contratuais<sup>17</sup>, vez que inexistente a mesma presunção de ilicitude dos cartéis na qualidade de ilícitos *per se*. De qualquer forma, é possível que, no caso das condutas unilaterais, a confissão não pudesse receber os mesmos efeitos observados no caso dos cartéis, vez que a inexistência da presunção de ilicitude sujeitará sua validade à cognição dos julgadores, o que exige uma cautela adicional quanto à delimitação dos termos de uma cláusula deste tipo.

É nesse contexto que surge a problemática relativa à inclusão, nestes acordos, de garantias por parte da Administração Pública, sobre se determinada prática constituiria ou não um precedente para casos futuros, o que origina cláusulas que remetem à "ausência de análise de mérito". Dentre os 76 TCCs analisados, 12 (ou seja, aproximadamente 15,8%) não possuem

---

<sup>17</sup> Pode-se aqui realizar uma espécie de paralelismo com a colaboração premiada realizada na esfera penal, em que a Legislação responsável prevê como requisito para a celebração do acordo a voluntariedade do compromisso estabelecido, e que caso não seja observado, poderá vir a viciar os termos do contrato e torná-lo nulo.

cláusulas deste tipo enquanto os 64 casos remanescentes encontram-se divididos entre os tipos de cláusula representados na tabela a seguir:

TABELA 01

Tipo	Redação da cláusula	% <sup>18</sup>
A	<p><b>Do mérito da conduta e do não reconhecimento de culpabilidade</b></p> <p>As Compromissárias e o CADE reconhecem que a assinatura do presente Termo de Compromisso não configura qualquer análise de mérito, por parte dos signatários, a respeito da licitude das condutas investigadas no mercado de meios de pagamentos e, por isso, também concordam e reconhecem não haver qualquer reconhecimento de culpa.</p> <p>As Compromissárias e o CADE reconhecem que as obrigações e efeitos do presente Termo de Compromisso limitam-se ao mercado brasileiro e ao território nacional, e não têm qualquer relação com jurisdições ou territórios estrangeiros.</p>	6,57%
B	<p><b>A presunção legal e ausência de juízo de mérito</b></p> <p>A Compromissária e o CADE reconhecem que (i) a celebração deste TCC não configura análise de mérito a respeito do objeto do Inquérito Administrativo; (ii) não importa confissão quanto à matéria de fato ou reconhecimento de ilicitude da conduta investigada, ou culpa, sob qualquer pretexto; e (iii) não gera precedente sobre a matéria.</p> <p><i>*Variação:</i> A assinatura do presente Termo de Compromisso não configura análise de mérito a respeito do objeto do Inquérito Administrativo.</p>	68,4%
C	<p><b>Do reconhecimento dos fatos</b></p> <p>Nos termos das exigências contidas na legislação aplicável, a celebração deste Termo de Compromisso não configura qualquer análise de mérito a respeito do objeto investigado no Processo Administrativo.</p>	3,94%
D	<p><b>Da Ausência de Reconhecimento de ilicitude por Parte da Compromissária</b></p> <p>A assinatura deste Termo de Compromisso não configura reconhecimento de ilicitude, por parte da Compromissária, a respeito do objeto da investigação e das demais questões aduzidas no Processo Administrativo.</p>	2,63%
E	<p><b>Reserva do Direito de investigar</b></p> <p>O CADE reserva o direito de instaurar uma nova investigação em relação à Compromissária: (i) caso surjam novas evidências de possíveis efeitos nocivos à concorrência decorrentes do uso de cláusulas de paridade pela Compromissária ou (ii) caso o Inquérito seja arquivado e</p>	2,63%

<sup>18</sup> Este percentual é calculado com relação à amostra das 76 observações identificadas.

	o CADE tome ciência de que a Compromissária retomou o uso de tais cláusulas.	
--	--	--

Ora, conforme é possível extrair do Documento de Trabalho “TCC na Lei 12.529/2011”<sup>19</sup>, do universo de TCCs que acabaram sendo homologados com a inclusão de uma dessas cláusulas, todos envolviam condutas unilaterais, à exceção de um deles que versava sobre conduta colusiva. Esse fato não decorre de mera coincidência, pois é necessário considerar que independentemente da análise ou não do mérito da matéria, a confissão da prática pelo compromissário implica, automaticamente, na atribuição da prática de um ilícito concorrencial, vez que se trata de ilícitos *per se*. Para além disso, como em práticas colusivas existe a tendência de cumular uma grande quantidade de agentes no polo passivo, essa análise de mérito e geração de precedentes é mais utilizada para fins de adesão ao TCC anteriormente firmado, desde que os compromissários estejam sendo representados no mesmo processo administrativo.

No caso de condutas unilaterais essa circunstância se altera, pois ainda que o agente confesse a prática, a análise de mérito poderia levar à conclusão de que aquela prática não constitui ilícito concorrencial, e a geração de um precedente seria benéfica ao agente, mas também poderia ocorrer o contrário, ao entender a autoridade antitruste que a conduta analisada configura uma prática anticompetitiva, gerando um efeito prejudicial ao agente afetado no mercado.

A problemática, portanto, não afetará apenas o agente compromissário, como também a própria autoridade antitruste, na medida em que consideremos a mais alta probabilidade de geração de falsos negativos ou positivos quando do julgamento, pela própria natureza da conduta analisada. Nesse caso, a alternativa de estabelecimento de uma solução consensual a partir do TCC poderia mitigar este risco. No entanto, é preciso ter em mente que os casos de análise de condutas unilaterais envolvem uma quantidade muito menor de agentes investigados do que em condutas colusivas e a decisão pela inclusão ou não dessas cláusulas no acordo de TCC gera para o agente um

---

<sup>19</sup> Op. Cit. CADE, 2021. P. 55.

*trade off* contingente sobre os aspectos futuros daquela decisão para o seu próprio negócio, o que pode ser um fator de difícil percepção.

#### 4. Considerações Finais

Partindo do quanto exposto, é possível constatar que a celebração de Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) em investigações acerca das chamadas condutas unilaterais – a serem avaliadas sob a perspectiva da eficiência, aplicando-se a Regra da Razão – enfrenta dificuldades inerentes à sua natureza, que atribui maior complexidade à mensuração do dano ao mercado, consequentemente dificultando o juízo de oportunidade e conveniência da Administração Pública quando da celebração destes acordos.

A experiência do CADE na celebração destes acordos ainda é muito incipiente se comparada ao histórico de TCCs celebrados no âmbito de condutas colusivas. Entretanto, ao passo em que a OCDE haja manifestado sua preocupação no sentido de que estimular a celebração destes acordos pode acabar por prejudicar a formação de uma jurisprudência sólida sobre este tipo de análise antitruste, entende-se que o aprimoramento da sua utilização poderá gerar ganhos à autoridade, inclusive no que diz respeito à sistematização da análise investigativa. Isso porque, para que seja possível dimensionar parâmetros de uma contribuição pecuniária ou mesmo de uma multa por descumprimento, por exemplo, é necessário que haja algum tipo de decisão, ainda que de natureza *prima facie*, semelhantemente ao que ocorreria, por exemplo, quando da decisão sobre proferir ou não uma medida preventiva.

A partir do levantamento empírico realizado neste artigo, foi possível constatar que essas dificuldades - não apenas de quantificação, como também no que diz respeito à prescindibilidade de confissão do ilícito praticado, bem como da inclusão de garantias por parte da Administração Pública no que diz respeito à necessidade de resguardar sua prerrogativa de poder instaurar uma nova investigação, independentemente da existência de um TCC.

Entende-se assim que é necessário aprofundar reflexões a respeito dos parâmetros para a celebração destes acordos, de forma que tanto a autoridade antitruste, quanto os promitentes compromissários possam ter melhores condições de sopesar potenciais benefícios decorrentes da celebração destes

acordos, com a garantia de que haja segurança jurídica com relação à fixação de seus parâmetros.

## **Bibliografia**

ATHAYDE, Amanda; JACOBS, Patrícia. A terceira 'onda' do antitruste no Brasil: marolinha ou tsunami?. *Revista Consultor Jurídico*, 1 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-01/athayde-jacobs-terceira-onda-antitruste-brasil>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

ANUÁRIO CADE 2020. Brasília, 2020. p. 9. Disponível em: <https://indd.adobe.com/view/c0c3df8b-400c-4752-861f-bf4c22320e6b>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de 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 União*: Brasília, DF, 16 jun 1994.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 1º nov 2011.

CADE, 2021. Documento de Trabalho: TCC na Lei 12.529/11. Fevereiro/2021. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/TCC%20na%20Lei%20n%2012.52911/TCC%20na%20Lei%20n%2012.529-11.pdf>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

JÚNIOR, Marco Antonio Fonseca. Que onda surfa o Cade?. *Jornal Estadão*. 17 de agosto de 2021. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/que-onda-surfa-o-cade/#:~:text=Come%C3%A7ou%2Dse%2C%20ent%C3%A3o%2C%20a,eparat%C3%B3rias%20decorrentes%20de%20danos%20concorrenciais>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

OECD (2019), *OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy*: Brazil. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of->

[competition-law-and-policy-brazil-2019.htm](#). Acesso em: 20 de setembro de 2021.

ECD (2021), *OECD Competition Trends 2021*, Volume I: Global Competition Enforcement Update 2015-2019. p. 13.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 135.