

O ACORDO DE LENIÊNCIA E O TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO EM UMA ANÁLISE COMPARATIVA: UMA COEXISTÊNCIA EFETIVA

Flávia Teixeira Fortes

1. Introdução

Os Acordos constituem uma forma alternativa de solução de controvérsias que vêm sendo adotados nas diversas jurisdições do mundo pela sua forma pacífica e por seus diversos benefícios. Os custos são menores, uma vez que não há custas processuais, nem sucumbência, nem outras penas que podem advir com uma sentença; há a possibilidade de qualquer um capacitar-se; além de ser mais rápido, em um contexto atual em que o tempo do processo está muito aquém do tempo real, e mais eficaz, uma vez que o acordo agrada o máximo possível, ambos os lados.

Nesse contexto, observa-se que o legislador procurou assegurar a realização de acordos no âmbito da Lei 8.884/94 ao autorizar o Plenário do Cade a celebrar transações nos processos relativos a infrações contra a ordem econômica:

“Art. 10. Junto ao Cade funcionará uma Procuradoria, com as seguintes atribuições:

(...)

IV – promover acordos judiciais nos processos relativos a infrações contra a ordem econômica, mediante autorização do Plenário do Cade, e ouvido o representante do Ministério Público Federal;”

A solução de alguns conflitos através de acordos realizados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) tem por objetivo tornarem mais eficazes e eficientes as decisões de tal órgão, com a maior celeridade no seu cumprimento. Por outro lado, é realizado sem que se perca o poder punitivo e dissuasório, e sempre respeitando o pleno direito de defesa das partes.

O que diferencia, no entanto, os acordos do Cade é a ausência de duas partes bem identificadas tentando resolver um conflito privado. Os acordos

em sua maioria são realizados com o Cade diante de uma conduta que tem como titular toda uma coletividade, bem jurídico protegido pela Lei 8.884/94 no caput do seu art. 1.º. Dessa forma, a configuração de tais acordos será diferente, bem como sua conveniência e oportunidade ficarão adstritas ao Cade, a quem compete a proteção da concorrência.

Os acordos se configurarão assim, em tais casos, como um instrumento eficaz para a garantia da tutela dos direitos difusos e coletivos, ao prescindir de um moroso processo judicial.

Nesse sentido, a Lei 8.884, já em 1994, estabeleceu o Termo de Compromisso de Cessação (TCC) como uma solução negociada de litígios. O TCC previsto no art. 53 da Lei 8.884/94 estabelece a possibilidade de um acordo entre empresas e o Cade, em que aquelas se comprometem cessar a prática infratora sob investigação, não importando em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada. A previsão do acordo pela Lei em 1994 abrangia qualquer tipo de conduta, sem fazer distinções.

A Lei 10.149/2000, contudo, acrescentou o § 5.º a tal artigo, dispondo não se aplicar tal acordo às infrações à ordem econômica relacionadas ou decorrentes das condutas previstas nos incisos I, II, III e VIII do art. 21 da mesma lei. Tais condutas, cartelizadoras, correspondem aos acordos ou práticas concertadas das empresas entre si visando fixar preços e condições de vendas de bens ou prestações de serviços, dividir mercados e estabelecer quotas ou restrição da produção.

A restrição do Termo de Compromisso e Cessação em casos de cartéis coincidiu com a introdução de novos instrumentos de investigação, também pela Lei 10.149/2000, destacadamente os Acordos de Leniência.

O Acordo de Leniência, previsto no art. 35-B da Lei 8.884/94, é firmado entre o integrante-delator do cartel e a autoridade antitruste para reduzir/afastar as sanções administrativas e penais que seriam aplicadas ao primeiro em troca de cooperação com as autoridades. Apesar de previsto desde 2000, o primeiro Acordo de Leniência no Brasil foi celebrado apenas em 2003, sendo resultado do avanço da política de repressão às infrações contra a ordem econômica empregada pela Secretária de Direito Econômico (SDE). Além da instabilidade inerente aos cartéis, outro incentivo à delação mostrou-se então presente: a instabilidade resultante do crescente número de investigações antitruste. As empresas passaram, portanto, a vislumbrar a possibilidade de se beneficiarem da realização de Acordos de Leniência.

A Lei 11.482, de 31.05.2007, no entanto, veio suprimir a restrição da celebração de TCC, voltando a legalizar a celebração de tais acordos

em investigação de cartéis. Foi acrescentado ao dispositivo, contudo, que a celebração do acordo, nos casos das infrações relacionadas ou decorrentes das condutas previstas nos incisos I, II, III ou VIII do caput do art. 21 da Lei 8.884/94, fica condicionada ao recolhimento de valor pecuniário, que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 23 da Lei 8.884/94, ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos.

Tal mudança é questionada sob o argumento de se estar comprometendo a efetividade da celebração do Acordo de Leniência, uma vez que com a possibilidade de realização do acordo em caso de cartel as empresas poderiam perder o incentivo a delação.

O objetivo do presente trabalho consiste em criticar tal argumentação, procurando demonstrar, através de uma análise comparativa dos programas de leniências dos Estados Unidos, União Europeia e Brasil, que é possível a coexistência de ambos os mecanismos. Ainda que com diferentes contextos e mecanismos paralelos que possam influenciar, tal análise de diferentes jurisdições é útil pois apresenta os benefícios e os custos da introdução de tais instrumentos, permitindo-se sua adequação ao contexto brasileiro.

Entendendo-se os incentivos para cada tipo de acordo é possível avaliar se ambos se sustentarão no direito antitruste brasileiro e permitir uma crítica mais consistente sobre a mudança na legislação, também incorporada no Projeto de Lei para a mudança no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

Para cumprir seus objetivos, a monografia dividir-se-á em quatro seções, além desta primeira, introdutória, e da conclusão. Na segunda seção são trazidos os programas de leniência de cada jurisdição, analisando-se os custos e benefícios da realização do acordo em cada país.

A terceira seção trata do Termo de Compromisso e Cessação, a sua aplicação internacional e o contexto brasileiro. A quarta seção, por sua vez, procurará mostrar a possibilidade da coexistência de ambos os acordos especificamente no caso brasileiro, com base na experiência internacional, e considerando nosso contexto específico.

2. Acordos de Leniência

2.1 Acordo de Leniência da União Europeia

O programa de leniência adotado pela Comissão Europeia em 1996, “Commission Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases”, concede imunidade total ou parcial às multas administrativas impostas ao participante do cartel que colaborar de forma efetiva com a Comissão.

Tal imunidade é apenas administrativa e cabe à Comissão determinar a quantidade apropriada de redução da multa dentro da margem determinada em cada seção, uma vez que o programa estabele uma escala de redução em três níveis. Para se beneficiar da redução a empresa que se candidatar ao programa de leniência deve completar as condições cumulativamente na seção respectiva.

O primeiro nível (seção B) concede imunidade total, isentando totalmente da multa, ou ao menos uma redução de mais de 75% à empresa aplicante que for a primeira a informar a Comissão sobre o cartel e produzir evidências suficientes antes da Comissão ter começado uma investigação ou ter informações suficientes sobre a conduta. Além disso, a empresa deve parar a prática, cessando seu envolvimento com o cartel e deve colaborar continuamente e completamente com a Comissão durante a investigação. Finalmente, o delator não pode ser o líder do cartel ou ter um papel determinante no cartel.

Quando a empresa completa tais condições mas traz a proposta do acordo após a investigação já ter começado, a empresa se qualifica ao segundo nível para uma redução substancial na multa (seção C), que varia de 50% a 75% do valor normal da multa.

Finalmente, é concedida uma redução significativa de 10% a 50% no terceiro nível (seção D) para os membros do cartel que cooperarem com a autoridade antitruste mas não satisfizerem as condições estabelecidas nas seções B e C.

O programa de leniência da Comissão Europeia requer que a empresa que procure imunidade total deve trazer evidências decisivas sobre a existência do cartel, ser a primeira empresa a propor o acordo e antes da Comissão ter começado qualquer investigação. Tal programa apresentará, no entanto, algumas críticas que questionarão a efetividade do programa.¹

A primeira crítica refere-se ao requerimento de evidências que sejam decisivas, o que pode ser considerado muito rigoroso. A razão para tal rigorismo encontraria-se no fato de ser alto o ônus da prova que a Corte de Justiça Europeia impõe à Comissão nos casos de cartel, requerendo a produção de evidências consistentes.

¹ KRÜGER, Hans-Wilhelm. *The Leniency Program in Cartel Law Enforcement: A Law & Economics Analysis*. 2001, p. 40-46.

No entanto, requerer evidências decisivas limita o objetivo de se alcançar possíveis informações ao se excluir empresas que poderiam se beneficiar do programa de leniência, mas que não são capazes de produzir evidências que sejam decisivas. Tal parâmetro desqualifica potenciais fontes de informação, que ainda que não decisivas poderiam conter informações valiosas, e diminui, portanto, o número de membros do cartel que propõem o acordo.

A redução da multa para aqueles que trazem informações que não são decisivas também é um fator desestimulante, uma vez que consiste na redução de, no máximo, apenas 50% (seção D). Excluem-se assim os principais alvos do programa de leniência que são as empresas periféricas, que não possuem informações consistentes, mas que são as mais suscetíveis ao acordo, uma vez que o lucro do cartel não é significativo como o de outras empresas, induzindo-as à delação quando da análise do custo e benefício do acordo.

Outra crítica consiste na concessão de benefícios pelo modelo da Comissão Europeia também para uma empresa que procura a autoridade depois da investigação já ter começado, que não seja a primeira empresa a delatar e que não produza evidências decisivas. O fato de tal empresa ainda poder ser beneficiada em uma pequena redução na multa, pode ser considerado como comprometedor para a eficiência do programa de leniência, que deve ser baseado no benefício apenas ao primeiro delator, para que possa aumentar a tensão entre os membros do cartel relativamente ao dilema do prisioneiro.²

² No dilema do prisioneiro dois criminosos foram apreendidos pela polícia e serão questionados separadamente, sendo que a polícia possui evidências para condenar ambos. Ambos possuem a opção de confessar ou não confessar, sendo que a anistia será concedida para aquele que confessar e a outra parte não confessar. Caso nenhum dos dois confesse a pena seria mínima, e se os dois confessarem a pena máxima seria dividida entre os dois. Considerando que ambos os prisioneiros tentarão maximizar o seu interesse próprio, o resultado será que ambos confessam. Isso ocorre porque se o prisioneiro 1 confessa, a melhor opção para o prisioneiro 2 será também confessar, pois assim reduziria sua pena para a metade. Se o prisioneiro 1 não confessa, confessar ainda assim será a melhor opção para o prisioneiro 2 que pode conseguir anistia ao invés da pena mínima. Dessa forma, independente da decisão do prisioneiro 1, a melhor estratégia para o prisioneiro 2 será confessar. A recíproca obterá o mesmo resultado. Conforme o modelo, portanto, confessar será sempre a estratégia dominante para cada prisioneiro uma vez que cada um buscaria maximizar sua recompensa, independente da escolha do outro prisioneiro. Para um análise mais ilustrativa que mostre a aplicação nos casos de cartel confira o artigo *Leniency Policies in Brazil* de Pedro de Abreu e Lima Forêncio no Boletim Latino

De acordo com tal modelo, a incerteza advinda da instabilidade do cartel induz um comportamento delatatório na medida em que na dúvida se um dos membros irá o não delatar a empresa pode acabar decidindo pelo acordo, como forma de evitar as multas administrativas. Ao contrário do tradicional dilema, no entanto, nos casos de acordo de leniência a autoridade não possui provas que possam garantir a condenação, dessa forma confessar o cartel não será a estratégia dominante como no dilema do prisioneiro.

No entanto, outros incentivos estão presentes de forma a impelir a delação, como as imunidades concedidas. O fato de ser garantida imunidade total ao primeiro delator provoca a “corrida à autoridade” aumentando a tensão entre os participantes do cartel. Ao recompensar também a segunda empresa, o programa de leniência da Comissão Europeia reduz as chances de um alto nível de tensão entre os membros do cartel, e, portanto, as chances de se estabelecer um acordo.

Em relação a quantidade exata da redução da multa em todos os casos foi visto que é da discricionariedade da Comissão, que apenas é limitada pelos valores máximos e mínimos estabelecidos nas diferentes seções do programa. Tal discricionariedade é por vezes criticada sob o argumento de que impede um nível de predictabilidade e certeza às empresas deladoras. Tal predictabilidade é importante principalmente para o cálculo realizado pelas empresas do custo e benefício da delação. A certeza quanto à extensão da multa pode contribuir com a decisão da empresa de propor o acordo.

Cabe ressaltar, por fim, que as ações civis por reparação de danos contra o participante do cartel pelas suas vítimas não estão incluídas na imunidade conferida pela Comissão no programa de leniência, uma vez que a reparação por tais danos está incluída na jurisdição de cada país.

2.2 *Acordo de Leniência dos Estados Unidos*

O programa de leniência dos Estados Unidos foi criado pelo Departamento de Justiça americano em 1978, no entanto apenas em 1993 começou a trazer efeitos significativos. No programa americano onde os cartéis são sujeitos a sanções criminais, leniência significa imunidade à instauração de processo criminal.

Americano de Competencia n. 21 – Fevereiro 2006 (disponível em: <http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/blc/boletin_21_1.pdf>) de onde a explicação do modelo foi retirada.

Inicialmente, o perdão judicial no âmbito criminal era da discricionariedade da autoridade, o que revelou um insucesso do programa por gerar desconfiança das empresas em relação ao alto grau de arbítrio por parte do governo. A mesma crítica que se dirige atualmente ao programa europeu foi logo corrigida nos Estados Unidos através da revisão do programa em 1993 (Amnesty Program).

Na versão atual do programa de leniência, é concedida automaticamente imunidade criminal total para a empresa que delatar o cartel antes da investigação ter começado e ter recebido qualquer informação sobre a conduta; para a empresa que tome atitudes efetivas para terminar sua participação no cartel; que colabore continuamente e completamente; que faça restituições às pessoas prejudicadas; que não tenha incitado a participação de outras empresas no cartel e que não seja o líder (secção A).

A redução da discricionariedade da autoridade antitruste em conceder ou não o benefício foi fundamental para garantir a efetividade do programa de leniência. Sendo a regra a concessão automática de leniência, o infrator é estimulado a procurar a autoridade antitruste, tendo a certeza de que se beneficiará com a delação.

Ainda que depois de iniciada a investigação, a empresa pode ainda procurar a autoridade e obter imunidade total se preencher as outras condições descritas acima, se a autoridade ainda não tiver evidências suficientes contra a empresa para condená-la, e se a autoridade não considerar que a concessão da leniência seja injusta para outros (secção B). Após ter começado a investigação, no entanto, o Departamento de Justiça tem a discricionariedade de conceder o benefício, como de determinar a solução mais justa em um caso específico.

Como diretores, oficiais e outros empregados da empresa também sofrem ações criminais como indivíduos pela lei americana antitruste, o programa de leniência também concede imunidade àqueles indivíduos que admitirem seu envolvimento e suas ações, e que colaborarem completamente e continuamente com a investigação.

Além disso, o Departamento de Justiça americano possui um programa de leniência específico para indivíduos que também concede leniência – não responsabilizando o indivíduo criminalmente – ao responsável pelas decisões do cartel que procurar a autoridade por conta própria e confessar a conduta ilegal, mesmo que seu empregador não se qualificar para a leniência.

O programa de leniência dos Estados Unidos não concede imunidade para a empresa que procura a autoridade após a primeira empresa já ter delatado. Não é dado aos “late comers” o benefício de redução da multa para aquela específica prática que fora delatada, como ocorre no program de leniência europeu. No entanto, no direito americano tais empresas podem recorrer ao plea bargain,³ mecanismo que depende da discricionariedade das autoridades, mas que pode também levar a uma considerável redução na pena.

Existe, contudo, outro tipo de mecanismo que pode vir a beneficiar a segunda empresa se essa estiver envolvida em condutas colusivas em outro mercado. Tal mecanismo conhecido como “Anistia Plus” (Amnesty Plus) é uma estratégia de instigar confissões múltiplas ao se aumentar os incentivos de empresas já condenadas de reportar à autoridade outro mercado em que praticou condutas colusivas.

O outro lado do Amnesty Plus progama é o Penalty plus em que aquelas empresas que se recusaram à vantagem do Amnesty plus e são flagradas pela segunda vez numa prática anticompetitiva irão receber uma multa mais severa do que aquela que seria aplicada.

Tais mecanismos não existem na atual configuração do programa de leniência europeu. Apesar de a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em 2001, recomendar a inclusão de tais instrumentos como parte das reformas realizadas em 2002, a Comissão Europeia não tomou a oportunidade para introduzir tais políticas.

Assim como em todas as demais jurisdições, o programa de leniência dos Estados Unidos não abrange as ações civis de reparação de danos. Aqui, no entanto, ao contrário de outros países é expressivo o uso de tais ações – que se podem configurar como ações coletivas (class actions) – de forma que elas colaboram com o “enforcement” do direito antitruste.

Entretanto, tais ações podem significar também um desincentivo ao programa de leniência, uma vez que ao confessar a prática, a empresa se

³ De acordo com o Black’s Law Dictionary, plea bargain consiste num acordo entre o promotor e o réu em que o réu se declara culpado em uma ofensa menos grave ou em uma das múltiplas acusações em troca de algumas concessões pelo promotor, normalmente uma sentença mais tolerante, ou a dispensa de outras acusações – Também chamado de plea agreement. Tal instrumento não existe no sistema legal brasileiro, uma vez que é estranha ou não-familiar a ideia de que um réu não será incriminado a partir de uma decisão de um promotor público, e não de um juiz.

torna mais suscetível de ser reclamada por terceiros danos, por poderem ser as ações facilitadas pelas informações concedidas à autoridade.

E realmente tal é uma das maiores preocupações no direito norte-americano, pois a reparação dos danos para tais vítimas pode ser multiplicada por três vezes o valor devido (*treble damages*), e seu uso é extremamente comum, conforme se observa que 90% de todos os casos de concorrência nos Estados Unidos originam ações privadas de indenização. A possibilidade de entrar com tais ações, portanto, terá um grande peso na análise pelas empresas do custo e benefício da realização de acordos de leniência.

2.3 *Acordo de Leniência do Brasil*

O programa de leniência foi implementado no Brasil no ano 2000, no entanto, o programa só passou a ter aplicação efetiva a partir do ano 2003, quando foram introduzidos novos instrumentos de investigação⁴ que possibilitaram aumentar o risco de detenção de um cartel e, conseqüentemente o interesse de empresas em se beneficiar de tais acordos.

O cartel no Brasil é punido tanto administrativamente como criminalmente. O crime contra a Ordem Econômica previsto na Lei 8.137/90 prevê multa ou prisão de dois a cinco anos, sendo que a sanção pode ser aumentada de um terço até a metade de um terço se, entre outros, o crime causar grave dano à coletividade.

As condutas contra a ordem econômica estão previstas no art. 21 da Lei 8.884/94 e a prática de cartel pode se enquadrar nos incisos I, II, III ou VIII de tal artigo.⁵ As empresas que praticam cartel estão sujeitas ao pagamento de multa administrativa nos termos do art. 23 da Lei 8.884/94.

⁴ A Lei 10.149 de 2000 passou a permitir interceptações telefônica, buscas e apreensões com autorização judicial, entre outros mecanismos. O art. 35-A assim dispõe:

“Art. 35-A. A Advocacia-Geral da União, por solicitação da SDE, poderá requerer ao Poder Judiciário mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse da instrução do procedimento, das averiguações preliminares ou do processo administrativo, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 839 e seguintes do Código de Processo Civil, sendo inexigível a propositura de ação principal”.

⁵ “Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

O fato de ser muito difícil detectar um cartel, e de produzir evidências suficientes para uma condenação, uma vez que seu elemento inerente é o sigilo, foi feita a opção pelo legislador de se conseguir evidências diretas, que viessem diretamente de dentro do cartel, através do programa de leniência. A Lei 8.884/94 reconhece, portanto, ser do interesse dos consumidores brasileiros a concessão de benefícios ao participante do cartel que queira colaborar com a autoridade administrativa na produção de evidências suficientes para a condenação do cartel.

Segundo a SDE “o interesse dos cidadãos brasileiros de ver desvendados e punidos cartéis supera o interesse de sancionar uma única empresa ou indivíduo que possibilitou a identificação e o desmantelamento e punição de todo o cartel⁶”. Em vista disto, podem ser concedidas imunidades nos âmbitos administrativo e penal, que corresponde à não imposição ou redução da multa administrativa e extinção da punibilidade.

O art. 35-B da Lei 8.884/1994 dispõe sobre a imunidade garantida pelo acordo de leniência no âmbito administrativo:

“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 de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:” “(Artigo incluído pela Lei 10.149, de 21.12.2000).

Os respectivos incisos trazem as condições básicas para a celebração de um acordo de leniência quais sejam: (i) ser o primeiro a se qualificar para o programa e confessar sua participação no cartel; (ii) cessar o envolvimento na prática anticompetitiva; (iii) não ser o líder do cartel; (iv) cooperar efeti-

I – fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de 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; (...)

VIII – combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;”.

⁶ Cartilha da SDE. Combate a cartéis e Programa de Leniência. p. 17, 2008.

vamente com a investigação, o que deve resultar na identificação dos demais membros do cartel, bem como a obtenção de evidências que comprovem a infração; (v) não dispor a SDE de provas suficientes para assegurar a condenação do proponente quando da propositura do acordo.

Além disso, o parágrafo único do art. 35-C dispõe sobre a imunidade criminal em relação aos crimes previstos pela Lei 8.137/90, desde que cumpridos os requisitos para o acordo de leniência:

“Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo” (Parágrafo único incluído pela Lei 10.149, de 21.12.2000).

A imunidade poderá ser total ou parcial dependendo da informação que a autoridade – SDE – possuía previamente sobre a conduta. Se a SDE não tinha conhecimento algum sobre a existência do cartel, o proponente poderá obter imunidade integral, tanto nas investigações administrativas quanto criminais. Por outro lado, somente será concedida imunidade parcial, que pode variar de um a dois terços na redução da multa administrativa, se a SDE já tinha ciência sobre o cartel. Já no âmbito criminal, ainda que a SDE já soubesse da conduta, será concedida imunidade total automaticamente e os indivíduos não poderão ser processados individualmente se o acordo foi cumprido.

Apesar do art. 35-B utilizar o verbo “poderá” para indicar que cabe ao SDE, decidir pelo acordo, sinalizando para um ato discricionário, observa-se que, preenchidos todos os requisitos, a empresa adquirirá a imunidade total, o que representa muito mais uma condição automática. A realização de um acordo de leniência no Brasil, portanto, tende mais para o modelo norte-americano, em que, preenchidas todas as condições, concede imunidade automaticamente, do que o modelo europeu, baseado na discricionariedade.

A discricionariedade no modelo europeu é muito maior, pois o acordo de leniência requer que a empresa delatora produza evidências decisivas, o que acaba sendo do arbítrio da autoridade determinar o que é decisivo ou não. No Brasil as evidências têm que ser consistentes e efetivas, o que apesar de dar certa margem de interpretação apresenta-se como um requisito mais brando. O art. 35-B menciona apenas em seu caput que a empresa deve colaborar efetivamente com as investigações e que da colaboração resulte na “obtenção de documentos que comprovem a infração” (art. 35-B, inciso II).

Se a decisão sobre realização do acordo baseia-se mais num preenchimento de requisitos descritos pela lei do que do entendimento da autoridade antitruste, garante-se maior confiança e segurança jurídica para a empresa que optar pela delação.

Outro ponto a ser destacado refere-se a não abrangência do acordo para a esfera civil. Assim, nada impede que as empresas que confessaram a prática da conduta anticompetitiva sejam processadas por terceiros que se considerarem patrimonialmente lesados. Dessa forma, apesar de ações judiciais de indenização ainda não serem comumente utilizadas no Brasil, tais podem vir a ser futuramente consideradas no cálculo do custo e benefício da delação pelas empresas, assim como ocorre nos Estados Unidos, uma vez que possuem a confissão como um instrumento a seu favor.

Como o programa de leniência concede benefícios somente ao primeiro candidato ao acordo, para que outros membros ou o líder do cartel consigam algum benefício é preciso que forneçam informações relevantes acerca de outro cartel, e cumprir com os demais requisitos do programa de leniência, antes que o primeiro caso seja enviado pela SDE ao Cade para julgamento final. Dessa forma, a empresa receberá todos os benefícios da leniência em relação à segunda infração e redução de um terço da pena que lhe seria aplicável com relação à primeira infração.

Tal mecanismo, conhecido como “leniência plus”, equivalente ao programa Amnesty Plus dos Estados Unidos, objetiva incentivar as empresas investigadas na primeira conduta a buscarem acordos em outros mercados nos quais concorram.⁷

A multa administrativa que pode ser aplicada aos integrantes do cartel pode variar de 1 a 30% do respectivo faturamento bruto, excluídos impostos, no ano anterior ao início das investigações. Além disso, os administradores

⁷ Lei 8.884/94, art 35-B (...):

“§ 7.º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de investigação ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a SDE, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual não tenha qualquer conhecimento prévio a Secretaria (Parágrafo incluído pela Lei 10.149, de 21.12.2000).

§ 8.º Na hipótese do parágrafo anterior, o infrator se beneficiará da redução de um terço da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4.º deste artigo em relação à nova infração denunciada” (Parágrafo incluído pela Lei 10.149, de 21.12.2000).

considerados responsáveis podem pagar de 10 até 50% da multa aplicada à empresa. Nos casos de reincidência tais multas podem ser dobradas.

Mas não apenas multas são impostas administrativamente como sanções. O Cade pode ainda impor que a publicação da decisão seja publicada em jornal de grande circulação às expensas dos infratores; proibir que os infratores participem em licitações e obtenha financiamentos de bancos oficiais por até cinco anos; recomendar órgãos públicos competentes que não concedam parcelamento de tributos federais por eles devidos, ou concedam incentivos fiscais, entre outros.⁸

Como os benefícios são concedidos apenas ao primeiro delator, gera-se uma corrida à autoridade antitruste e um clima de desconfiança dentro do cartel. O receio da descoberta somado a altas sanções pecuniárias e a existência de outras sanções administrativas, bem como sanções criminais, garantem a efetividade do programa de leniência, sendo um incentivo à delação.

3. Termo de Compromisso e Cessação

3.1 *Perspectivas internacionais*

O equivalente ao Termo de Compromisso de Cessação na Comissão Europeia foi instituído no Regulamento (EC) 1/2003 (“Regulamento 1”) que procurou modernizar as cláusulas do Tratado da Comissão Europeia relativas a acordos que violam a concorrência (art. 81) e o abuso de posição dominante (art. 82).

Tal Regulamento procurou garantir uma aplicação mais efetiva das regras de concorrência da União Europeia, ao reduzir a carga administrativa para as empresas que operam na Comunidade Europeia.

Para isso, ele cria um procedimento, em seu art. 9.º, que permite que a Comissão conclua formalmente uma investigação publicando uma decisão aceitando comprometimentos de empresas sob investigação por práticas anticompetitivas. Tais são os termos do art. 9.º:

“Compromissos

1. Quando a Comissão tencione aprovar uma decisão que exija a cessação de uma infração e as empresas em causa assumirem compromissos susceptíveis de dar resposta às objecções expressas pela

⁸ Art. 24 da Lei 8.884/94.

Comissão na sua apreciação preliminar, esta pode, mediante decisão, tornar estes compromissos obrigatórios para as empresas. Esta decisão pode ser aprovada por um período de tempo determinado e deve concluir pela inexistência de fundamento para que a Comissão tome medidas.

2. A Comissão pode, a pedido ou oficiosamente, voltar a dar início ao processo se:

a) Tiver ocorrido uma alteração substancial da situação de facto em que a decisão se fundou;

b) As empresas em causa não cumprirem os seus compromissos; ou

c) A decisão se basear em informações incompletas, inexactas ou deturpadas prestadas pelas partes”.

O acordo neste caso, além de representar uma redução significativa dos custos da litigação, apresenta-se como importante instrumento de remoção da carga da Comissão Europeia em demonstrar e comprovar a infração.

Devido ao ônus da prova que cabe à Comissão ser altíssimo, tal acordo se apresenta como uma solução mais eficiente. A Comissão possui, no entanto, o poder de voltar a dar início ao processo, conforme o item 2 do art. 9.º.

O estatuto dos Estados Unidos que prevê os Consent Decrees (equivalente ao Termo de Compromisso de Cessação) é o “Antitrust Procedures and Penalties Act” também chamado de Tunney Act, criado em 1974.

O contexto dos Estados Unidos demonstra que aproximadamente 90% dos casos de cartel terminam com alguma forma de acordo processual. Nos últimos 5 anos, mais de 200 acordos processuais, em casos antitrustes foram celebrados.

Um fator relevante a ser destacado é o poder dissuatório decorrente das altas multas que são impostas. Em outubro de 1996, a Acher Daniels Midland (ADM) concordou em pagar US\$ 100 milhões ao governo norte-americano em troca do encerramento das investigações dos cartéis de lisinas e ácidos cítricos.

Assim também o risco de se detectar um cartel é muito grande, devido um investimento maior de recursos pela autoridade para seu monitoramento. Dessa forma, maior é o incentivo para a celebração de acordos de leniência, forte instrumento de desmantelamento de cartéis.

A tradição de celebração de acordos, juntamente com o forte incentivo a delação, ante ao risco de ser detectado garante a convivência de ambos, leniency program e consent decree nos Estados Unidos.

3.2 *Contexto brasileiro*

O Termo de Compromisso de Cessação (TCC) configura-se como uma solução negociada de litígios que foi estabelecido pela Lei 8.884/94 para que resolvesse de forma mais célere e eficiente os conflitos no direito antitruste.

O principal objetivo do Cade ao possibilitar tais acordos é a cessação da infração à ordem econômica. Apesar de ser celebrado quando as condutas já estão em investigação, a autoridade não possui certeza sobre o cometimento de condutas anticompetitivas, ou não possui provas que sejam suficientes para uma condenação, o que para algumas condutas é por vezes muito difícil de se conseguir. Através de uma reciprocidade de concessões, portanto, extingue-se o litígio através do TCC, em uma situação em que a incerteza é inequívoca quanto aos direitos das partes.

O Cade é a autoridade competente para celebrar TCCs, sendo que a SDE pode emitir um parecer não vinculativo sobre a pertinência da proposta do acordo. Através do acordo, as empresas já sob investigação podem conseguir o arquivamento do processo administrativo, sem que lhe importe confissão do fato ou reconhecimento da ilicitude.

O TCC passou por diferentes configurações na Lei 8.884/94 por ter sido modificado pela Lei 10.149/2000, que passou a não permitir sua celebração nos casos de cartel, mas o que foi recentemente revertido com a Lei 11.482/2007.

Com a celebração de TCCs as empresas conseguem o arquivamento do processo administrativo inclusive em casos de cartel, não lhes implicando, necessariamente, a confissão de culpa, exigência que fica a critério do Cade, de acordo com o art. 129-G da Resolução 46/07. No caso das condutas cartelizadas a empresa deve, contudo, pagar uma multa pecuniária não inferior ao estabelecido no art. 23 da Lei 8.884/94, conforme o art. 129-E da citada resolução. Ressalta-se que tal multa deve ser de valor suficiente que garanta seu poder dissuasório.

Ao se fazer o acordo condicionado ao pagamento de multa não inferior ao estabelecido no art. 23 da Lei 8.884/94 garante-se que a empresa sofra tão logo diminuição de seu patrimônio como forma de sanção, eliminando-

se os custos associados à sua implementação e antecipando à sociedade os benefícios da tutela legal. Tal multa não difere daquela que seria paga ao fim do processo Judiciário, não configurando, pois, mera “contribuição” pecuniária.

A restauração da concorrência mostra-se tão importante para o mercado quanto à repressão, na medida em que se alcançam benefícios imediatos com a cessação espontânea. Portanto, seus benefícios vão muito além do que apenas garantir os cofres públicos.

Outro ponto polêmico do TCC consiste no caso de ser proposto em casos em que já houver Acordo de Leniência, pois, dessa maneira, a proposta do acordo, com a modificação realizada pelo art. 129-G da resolução, implicará no reconhecimento de culpa por parte do compromissário.

Nos casos de Acordo de Leniência, o Cade já alcança elementos para a uma futura condenação, portanto, desaparece o elemento da incerteza, razão pela qual, caso as empresas proponham acordo, tal implicará na confissão de culpa. Além disso, pretende-se garantir futuras celebrações do acordo de leniência, ao se procurar não prejudicar a empresa delatora, que seria a única que teria confessado.

O TCC não se esvazia, pois é interessante o arquivamento do processo administrativo, com o pagamento de contribuição correspondente à multa que lhe seria devida, eliminando ainda os gastos com advogados e custos de imagem. Os efeitos negativos no âmbito criminal decorreriam ainda que com a não assinatura do acordo, através da delação. Com o TCC, consegue-se, ao menos, encerrar a investigação no âmbito administrativo, detentor das provas para uma possível condenação.

A limitação no número de acordos que decorrerá dessa nova regra não é preocupante, pois o Cade possibilita tais acordos como instrumento mais eficiente diante da incerteza sobre o desfecho da investigação. Subtraindo-se tal dúvida, não justifica retirar de tais empresas a confissão de culpa. Caberá agora às empresas a avaliação sobre a conveniência ou não de que sua prática seja declarada contrária à ordem econômica.

A ex-Presidente do Cade, Elizabeth Farina, em entrevista concedida a Folha de São Paulo⁹ para tratar da celebração de termos de compromissos de cessação de prática com representados nos processos administrativos por

⁹ Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?70c352a779ae45ce5be87bd568>>.

formação de cartel, afirmou que nesses casos em que se exige a confissão, é preferível que se tenha menos Termos de Compromisso e Cessação celebrados do que se comprometa o Acordo de leniência.

A análise sobre a convivência de ambos os mecanismos será pormenorizada na seção que se segue.

4. A coexistência do Acordo de Leniência e Termo de Compromisso de Cessação no Brasil

O cartel é considerado a mais grave lesão à concorrência e prejudicam consumidores ao aumentar preços e restringir a oferta, tornando os bens ou serviços mais caros ou indisponíveis. Ao artificialmente limitar a concorrência, os membros de um cartel também prejudicam a inovação, impedindo que novos produtos e processos produtivos surjam no mercado. Cartéis resultam em perda de bem-estar do consumidor e, no longo prazo, perda de competitividade da economia como um todo. Segundo estimativas da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), os cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10 e 20% comparado ao preço em um mercado competitivo, causando prejuízos de centenas de bilhões de reais aos consumidores anualmente.¹⁰

Por serem difíceis de detectar, dado ao caráter sigiloso da conduta, o acordo de leniência se mostrará como um elemento essencial no combate a cartéis, uma vez que conta com a colaboração que vem de dentro do próprio cartel.

A ferramenta básica do programa de leniência para atingir resultados que cooperem com a aplicação e o enforcement da lei antitruste é a criação de incentivos aos membros do cartel para revelarem a existência do cartel à autoridade. Se tais incentivos induzem ao menos um membro do cartel a delatar depende da análise do custo e benefício da revelação da informação para a autoridade antitruste realizada pela empresa.

Uma empresa racional, que busca a maximização dos lucros apenas irá delatar a conduta ilegal se os custos de tal delação forem superados pelos benefícios esperados. Durante o cálculo dos custos e benefícios a empresa sempre considera a probabilidade de o cartel ser detectado e condenado, pois apenas neste caso o delator pode criar benefícios para a empresa. A probabilidade de se descobrir um cartel depende além dos esforços com

¹⁰ Cartilha da SDE. Combate a cartéis e Programa de Leniência. p. 6. 2008.

“enforcement” também na probabilidade de consumidores perceberem e reportarem os ajustes de preços e o risco de ex-empregados da empresa de revelarem informações.

A probabilidade de se detectar um cartel é influenciada pelos recursos investidos no monitoramento do cartel, uma vez que a quantidade de recursos normalmente influencia seu sucesso. E conforme se sabe, na maioria das vezes o orçamento das autoridades para a investigação do cartel é restrito, o que resulta em um monitoramento imperfeito, sendo difícil e custoso se detectar cartéis.

O desestímulo a cartéis depende assim no tipo e tamanho da penalidade imposta, bem como na probabilidade do cartel ser detectado. Quanto maior o risco de ser detectado, mais tal fator pesará na análise do custo e benefício para uma empresa realizar um acordo de leniência.

A realidade brasileira demonstra, no entanto, que ainda que se consiga um sucesso na condenação de um cartel, tal processo pode ser custoso e demorado, pois na maioria das vezes a decisão é recorrida ao Judiciário, o que implica em um longo período de espera, que pode por vezes retirar a efetividade da decisão.

Em vista da necessidade de uma solução célere dos conflitos, principalmente no campo do direito da concorrência, marcado pelo dinamismo do mercado que requer decisões em tempo econômico, o Termo de Compromisso e Cessação se apresenta como uma ferramenta necessária.

A possibilidade de cooperação dos representados no início do processo poupa recursos públicos, diminui os litígios judiciais e possibilita o pagamento antecipado da multa aos cofres públicos, efetivando-se a tutela dos direitos difusos e coletivos.

O procurador-geral do Cade, Arthur Badin, afirma que:

“A solução negociada é superior à solução imposta, na medida em que elimina os custos associados à implementação, antecipando à sociedade os benefícios da tutela legal. Com efeito, muitas vezes a solução negociada dos processos administrativos que visam a aplicação da Lei 8.884/94, na medida em que obvia os custos e riscos inerentes à morosidade do trâmite judicial, pode afigurar-se uma alternativa para a implementação eficaz da política de defesa da concorrência”.¹¹

¹¹ BADIN, Arthur. Transação judicial na Lei n. 8.884/94. *Revista Jurídica Consulex*, p. 26, 2007.

Os acordos possuem incentivos e efeitos díspares, razão pela qual é possível sua convivência. São incentivos à celebração do Acordo de Leniência a instabilidade inerente aos cartéis, a instabilidade resultante do crescente número de investigações antitruste, bem como as altas multas pecuniárias impostas aos infratores. O integrante-delator adquire, apesar de lhe implicar a confissão de culpa, imunidade penal e administrativa, afastando as sanções que lhe seriam aplicadas em troca de cooperação com as autoridades antitrustes.

Já no TCC as empresas conseguem o arquivamento do processo administrativo, não lhes implicando, necessariamente, a confissão de culpa. Encerra-se a questão com o pagamento de multa pecuniária não inferior ao estabelecido no art. 23 da Lei 8.884/94. Importante ressaltar, contudo, que tal Acordo não exime a possibilidade de tal empresa sofrer processo criminal e civil por ação indenizatória – essa última também possível em Acordos de Leniência. Tem em seu favor a não confissão do fato, mas perde a imunidade que decorreria da delação.

Importante ponto que distingue o Termo de Compromisso de Cessação brasileiro daqueles de outros países, como os Estados Unidos e Europa é a não necessidade de confissão de culpa. Tal mostrará relevante efeito nas ações civis que decorrem do acordo. Ao contrário dos Estados Unidos que as ações de indenização promovidas por terceiros são a grande preocupação na realização de acordo, aqui sem o elemento da confissão dificulta-se o processo, podendo garantir assim mais celebrações do TCC.

Por outro lado, no entanto, não se garante imunidade criminal, e como no Brasil as infrações à concorrência são consideradas infrações tanto no âmbito administrativo como penal, tal pode se configurar um estímulo para a celebração de acordos de leniência, que por sua vez garantem a imunidade em ambos os âmbitos.

No Boletim Latino Americano de Competencia a advogada Adriana Franco Giannini¹² ressalta que:

“Para o poder público, as vantagens da celebração de TCCPs são claras: o imediato recebimento da prestação pecuniária e a rápida

¹² GIANNINI, Adriana Franco. Acordos em investigações de cartel: Inovações brasileiras e a experiência internacional. *Boletim Latino Americano de Competência*, p. 18, 2007.

conclusão do processo administrativo, economizando recursos do governo e, em última instância, da sociedade. Porém, mais importante é que ao obrigar os acusados a cessarem as práticas sob suspeita, o TCCP permite a imediata restauração da ordem econômica, em total conformidade com os ditames constitucionais e da Lei 8.884/94”.

Para a iniciativa privada, a celebração de TCCPs também traz benefícios. A rápida conclusão de uma investigação que poderia levar anos ou até décadas poupa recursos privados e permite aos investigados retomarem seus negócios o mais rápido possível. O TCCP traz ainda a definição da prestação pecuniária a ser paga em um estágio inicial das investigações, permitindo às empresas e indivíduos o planejamento do desembolso econômico a ser feito. A certeza, transparência e rapidez resultantes do TCCP são altamente benéficas para as empresas em geral, e, portanto, para a economia do país como um todo.

Cabe ressaltar, ainda, que o TCC não se trata de direito subjetivo da empresa. De acordo com o parágrafo único do art. 129-D da resolução, o Secretário de Direito Econômico enviará ao Cade parecer opinativo sobre a conveniência e oportunidade da celebração do compromisso, propondo ao Plenário do Cade sua aprovação ou rejeição. O Cade possui discricionariedade para aceitar ou não o compromisso de cessação. Analisando o caso de acordo com o interesse público, pode entender que a celebração do termo não se mostra conveniente, não se confundindo, portanto, a legitimidade para requerer a celebração do acordo com o direito à sua celebração.

Não deve, pois, a empresa se furtrar à delação confiando que, caso a conduta seja descoberta, poderá se valer de acordo para encerrar o processo. A celebração do acordo não configura direito líquido e certo dos requerentes. O Cade analisará no caso concreto aquele em que o transcorrer natural do processo poderia significar um risco de prejuízo à concorrência, com danos potenciais ao mercado. Sem a garantia do acordo não fica esvaziada a delação, convivendo efetiva e harmoniosamente o Acordo de Leniência e o Termo de Compromisso de Cessação.

5. Conclusão

O presente artigo procurou demonstrar que é possível, bem como necessária a convivência do Acordo de Leniência e do Termo de Compromisso de Cessação no direito antitruste brasileiro para se garantir a aplicação de todos

objetivos e princípios almejados pela Lei 8.884/94 de forma a se garantir a implementação eficaz da política de defesa da concorrência.

Objetivou-se também demonstrar que cada acordo possui incentivos díspares que irão garantir a sua aplicação. Tais incentivos irão variar conforme o contexto do direito antitruste nas diversas jurisdições. O grau de influência de um acordo sobre o outro, de forma a gerar um desestímulo na operação de ambos os acordos é resultado da sua forma de implementação em cada país. Entretanto, conforme visto, ainda que em diferentes graus, sua convivência será possível.

O Acordo de Leniência representa instrumento essencial na busca do dismantelamento de cartéis. Já o Termo de Compromisso representa a solução negociada que traz enormes benefícios para ambas as partes, como redução dos custos em litígios e maior eficiência da aplicação do direito antitruste e, portanto, justifica seu alto percentual de utilização nos países desenvolvidos.

Não se justifica dessa forma o questionamento descrédulo quanto a mudança na legislação brasileira no tratamento dos TCCs. Sua utilização nos casos de cartel ainda que passível de algumas críticas e que requeira aprimoramentos, busca a garantia da maior eficiência da aplicação do direito antitruste brasileiro e se apresenta, portanto, necessária.

6. Bibliografia

- BADIN, Arthur. Transação judicial na Lei n. 8.884/94. *Revista Jurídica Consulex*, ano XI, n. 263, 31 de dez. 2007.
- Cade. Relatório de Gestão da Procuradoria de 2006.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 7. ed. St Paul: West Group, 1999.
- GIANNINI, Adriana Franco. Acordos em investigações de cartel: Inovações brasileiras e a experiência internacional. *Boletim Latino Americano de Competência*, n. 23, set. 2007.
- KRÜGER, Hans-Wilhelm. The Leniency Program in Cartel Law Enforcement: A Law & Economics Analysis. Master Thesis Erasmus Programme in *Law and Economics*, University of Rotterdam. 2001.

OCDE. Lei e Política da Concorrência no Brasil – Uma revisão pelos pares (Peer Review). Relatório elaborado pela OCDE e BID em 2005.

ROSENBERG, Barbara. Leniency program in Brazil: constraints and perspectives. set. 2005. Disponível em: <www.mecon.gov.ar/cndc/2005.pdf>.

ROUX, Catherine; UNGERN-STERNBERG, Thomas von. Leniency programs in a multimarket setting: Amnesty Plus and Penalty Plus. CESifo working paper no. 1995. Category 9: industrial organization. May 2007.

SDE, Cartilha SDE: *Combate a cartéis e programa de leniência*. Brasília, 2008.