

# O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NO ÂMBITO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

*Ada Pellegrini Grinover\**

## 1. Defesa da concorrência e interesses difusos

A Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, proclama, no parágrafo único do art. 1.º, que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei”.

Estamos inquestionavelmente no campo dos direitos e interesses transindividuais, que transcendem os direitos meramente individuais, e de que são titulares pessoas não identificadas e freqüentemente não identificáveis, que integram grupos, categorias ou classes cujos membros são ligados por um vínculo social e de solidariedade, não estando unidas por nenhuma relação-jurídica base, mas sim por circunstâncias de fato.

Trata-se dos denominados direitos difusos ou coletivos *lato sensu*.

Como já tive oportunidade de escrever em âmbito doutrinário,<sup>1</sup> entre os países de tradição romano-germânica o estudo dos novos direitos, de natureza transindividual, surgiu e floresceu na Itália nos anos 70. Denti, Cappelletti, Proto Pisani, Vigoriti, Trocker anteciparam o Congresso de Pavia de 1974, que discutiu seus aspectos fundamentais, destacando com precisão as características que os distinguem: indeterminados pela titularidade, indivisíveis com relação ao objeto, colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados, como a responsabilidade civil pelos danos causados no lugar da responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos, como a legitimação, a coisa julgada, os poderes e a responsabilidade

---

\* Professora Titular de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP.

<sup>1</sup> Ada Pellegrini Grinover, Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. In: *A marcha do processo*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 17 e ss.

de do juiz e do Ministério Público, o próprio sentido da jurisdição, da ação, do processo.

Em pouco tempo tornou-se clara a dimensão social desses interesses. Surgia uma nova categoria política e jurídica, estranha ao interesse público e ao privado. Interesse público, entendido como aquele que se faz valer em relação ao Estado, de que todos os cidadãos são partícipes (interesse à ordem pública, à segurança pública, à educação) e que suscita conflitos entre o indivíduo e o Estado. Interesses privados, de que é titular cada pessoa individualmente considerada, na dimensão clássica dos direitos subjetivos, pelo estabelecimento de uma relação jurídica entre credor e devedor, claramente identificados.<sup>2</sup>

Ao contrário, os interesses transindividuais, de natureza social, são comuns a um conjunto de pessoas. Interesses espalhados e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas. Não mais se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível. Aqui se inserem os interesses dos consumidores, ao ambiente, dos usuários de serviços públicos, dos investidores, dos beneficiários da previdência social e de todos aqueles que integram uma comunidade compartilhando suas necessidades e seus anseios.<sup>3</sup>

O reconhecimento e a necessidade de tutela desses interesses puseram de relevo sua configuração política. Deles emergiram novas formas de gestão da coisa pública, em que se afirmaram os grupos intermediários. Uma gestão participativa, como instrumento de racionalização do poder, que inaugura um novo tipo de descentralização, não mais limitada ao plano estatal (como descentralização político-administrativa), mas estendida ao plano social, com tarefas atribuídas aos corpos intermediários e às formações sociais, dotados de autonomia e de funções específicas. Trata-se de uma nova forma de limitação ao poder do Estado, em que o conceito unitário de soberania, entendida como soberania absoluta do povo, delegada ao Estado, é limitado pela soberania social atribuída aos grupos naturais e históricos que compõem a nação.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>3</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>4</sup> Idem, *ibidem*.

Em via de consequência, a teoria das liberdades públicas forjou uma nova “geração” de direitos fundamentais. Aos direitos clássicos de primeira geração, representados pelas tradicionais liberdades negativas, próprias do Estado liberal, com o correspondente dever de abstenção por parte do poder público, e aos direitos de segunda geração, de caráter econômico-social, compostos por liberdades positivas, com o correlato dever do Estado a uma obrigação de “dare”, “facere” ou “praestare”, acrescentou-se o reconhecimento dos direitos de terceira geração, representados pelos direitos de solidariedade, decorrentes dos interesses sociais. E assim foi que o que aparecia inicialmente como mero interesse elevou-se à dimensão de verdadeiro direito, conduzindo à reestruturação de conceitos jurídicos, que se amoldassem à nova realidade.<sup>5</sup>

Voltando à Lei 8.884/94, verifica-se então que o legislador, com grande lucidez, vislumbrou como titular dos bens jurídicos protegidos pela lei – ou seja, a defesa da concorrência – não pessoas individualizadas, mas sim a coletividade, titular dos interesses ou direitos difusos ou coletivos.

E a inquestionável concepção da tutela dos interesses difusos ou coletivos, por intermédio da Lei n. 8.884/94, veio também especificada em seu art. 88, que determinou que o art. 1.º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, passasse a vigorar com a redação seguinte, incluindo um inciso, e que o inciso II do art. 5.º da mesma lei passasse, por sua vez, a vigorar com a redação seguinte:

Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, art. 1.º:

“Art. 1.º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos patrimoniais e morais causados:

(...)

VI – por infração da ordem econômica e da economia popular”.

E no inc. II do art. 5.º da mesma lei, a Lei n. 8.884/94 acrescentou, entre os fins institucionais das associações requeridos para lhes conferir legitimação para agir, a defesa da ordem econômica e da livre concorrência.

<sup>5</sup> Idem, *ibidem*.

## **2. A Lei 7.347/85 e sua interação com o Código de Defesa do Consumidor**

O direito processual brasileiro partiu dos exercícios teóricos da doutrina italiana dos anos 70, para construir um sistema de tutela jurisdicional dos interesses difusos que fosse imediatamente operativo.

Em 1981 a Lei Ambiental 6.938 estabeleceu a legitimação do Ministério Público às ações de responsabilidade penal e civil (sendo esta reconhecida como de natureza objetiva) pelos danos provocados ao meio ambiente. E desde 1977 uma reforma à lei da ação popular constitucional, de 1965, passou a considerar “patrimônio público” os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico ou turístico.

Diversas ações populares em defesa de interesses difusos ligados ao meio ambiente foram ajuizadas, enquanto o dispositivo legal da lei ambiental permanecia no papel, dada a falta de resposta processual a questões relevantes, como o regime da coisa julgada ou os controles sobre o exercício da ação. Mas a ação popular não tinha condições de cobrir o amplo espectro da tutela dos interesses difusos, nem mesmo pelo que respeitava ao meio ambiente, uma vez que seu exercício permanecia – e ainda permanece – subordinado a uma ilegalidade proveniente da conduta comissiva ou omissiva do poder público, enquanto a ameaça ou violação dos interesses difusos freqüentemente provém de atuações privadas. Por outro lado, a legitimação, atribuída exclusivamente ao cidadão, excluía os órgãos públicos e os corpos intermediários, mais fortes e preparados do que o indivíduo, da luta contra ameaças ou lesões ambientais.

Veio assim à luz, em 1985, a Lei n. 7.347 sobre a denominada Ação Civil Pública, destinada inicialmente à tutela do meio ambiente e do consumidor, na dimensão dos bens indivisivelmente considerados e conseqüentemente dos interesses difusos propriamente ditos. A Constituição de 1988 sublinhou em diversos dispositivos a importância dos interesses: em primeiro lugar, elevando em nível constitucional a defesa de todos os interesses difusos e coletivos, sem limitações quanto à matéria, como função institucional do Ministério Público, mas permitindo à lei a ampliação da legitimação ativa (art. 129, III, e parágrafo 1.º); referindo-se, depois, à representação judicial e extrajudicial das entidades associativas para a defesa de seus próprios membros (art. 5.º, XXI); criando o mandado de segurança coletivo, com a legitimação dos

partidos políticos, dos sindicatos e das associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano (art. 5.º, LXX); e ainda destacando a função dos sindicatos para a defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria (art. 8.º, III) e salientando a legitimação ativa dos índios e de suas comunidades e organizações para a defesa de seus interesses ou direitos (art. 232).

E finalmente o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) veio coroar o trabalho legislativo, ampliando o âmbito de incidência da Lei da Ação Civil Pública, ao determinar sua aplicação a todos os interesses difusos e coletivos, e criando uma nova categoria de direitos ou interesses, individuais por natureza e tradicionalmente tratados apenas a título pessoal, mas conduzíveis coletivamente perante a justiça civil, em função da origem comum, que denominou direitos individuais homogêneos.

Releva notar que as disposições processuais do CDC têm plena aplicação a todos os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, incluindo os atinentes à ordem econômica, à economia popular e à livre concorrência (art. 88 da Lei. 8.884/94) e que as disposições da Lei. 7.347/85 se aplicam à defesa do consumidor: há, assim, uma integração e interação perfeitas entre as normas processuais do Código de Defesa do Consumidor e as regras da Lei 7.347/85. É o que resulta do art. 90 do CDC e do art. 21 da LACP.

Art. 90 do CDC: “Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”.

Art. 21 da Lei 7.347/85: “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que institui o Código de Defesa do Consumidor”.

Por outras palavras, isso quer dizer que todas as disposições processuais, que constituem o conteúdo do Título III do CDC, se aplicam à defesa de todos os direitos e interesses mencionados na Lei 7.347/85 e que, inversa e reciprocamente, todas as disposições desta se aplicam à tutela coletiva do consumidor.

### **3. A aplicação da Lei 7.347/85 e do CDC à defesa da concorrência**

Surge disso tudo uma conclusão inarredável: no âmbito do direito concorrencial, por força do disposto no art. 88 da Lei 8.884/94, aplicam-se as disposições da Lei 7.347/85 e, pela correlação que existe entre esta e o CDC, as disposições contidas no Título III deste último.

Desse modo, para efeito da defesa da concorrência, haverão de se buscar, por exemplo, a conceituação dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos no art. 81, parágrafo único, do CDC ou, para a legitimação, as regras traçadas pelo art. 82 do mesmo Código. E no que toca diretamente à consulta formulada, em relação ao Termo de Ajustamento de Conduta, o previsto pelo parágrafo 6.º do art. 5.º da Lei 7.347/85:

“Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

### **4. O termo de ajustamento de conduta – TAC no âmbito da defesa da concorrência**

Aplicando-se, como demonstrado antes, a Lei 7.347/85 ao direito concorrencial, e estando nela contida a previsão do TAC, não tenho dúvidas em afirmar que o CADE ou a Secretaria de Direito Econômico podem firmar, com os interessados, não apenas o Termo de Cessação de Prática – TCP, previsto pelo art. 53 da Lei 8.884/94, mas também o Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, contemplado pelo art. 5.º, parágrafo 6.º, da Lei 7.347/85.

Não se desconhece que o TAC tem sido celebrado pela Secretaria de Direito Econômico, corriqueiramente, no campo do direito do consumidor. No entanto, é perfeitamente possível aplicá-lo também no âmbito da Lei 8.884/94, no plano da defesa da concorrência.

Naturalmente, seguirá o TAC firmado na área concorrencial as disposições do art. 5.º, parágrafo 6.º, da Lei 7.347/85, bem como as do Código de Defesa do Consumidor, que, como visto, interage com aquela lei. Ou seja:

- a) deverá ser tomado pelos órgãos públicos legitimados (parágrafo 6.º do art. 5.º da Lei 7.347/85);

- b) os órgãos públicos legitimados poderão ser o CADE ou a SDE, pois o art. 82, III, do CDC considera legitimados “as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses ou direitos protegidos por esse Código” (e, por extensão, conforme demonstrado, dos interesses ou direitos protegidos pela Lei 7.347/85);
- c) da mesma forma, o TAC poderá ser tomado pelo Ministério Público;
- d) o conteúdo do TAC será o previsto pelo parágrafo 6.º do art. 5.º da Lei 7.347/85;
- e) nada impede que o TAC seja tomado, conjuntamente, pelo Ministério Público e pelo CADE ou SDE.

## 5. Da natureza jurídica do TAC: transação

Já sustentei que o TAC – assim como o TCP – tem natureza jurídica de *transação*.

Daniel Roberto Fink asseverou, quanto ao termo de ajustamento de conduta, que ele “se constitui em verdadeira transação, aplicando-se-lhe as normas referentes a esta. Ainda, pela sua bilateralidade, se constitui em contrato, aplicando-se-lhe, também, todas as normas aplicáveis aos contratos”. Dessa forma, prosseguiu referido autor, “avençadas as cláusulas e condições, ficam verdadeiramente superadas quaisquer possibilidades de discussão de seus termos”, mesmo porque “a transação produz entre as partes o efeito de coisa julgada”<sup>6</sup> (grifei).

Segundo Octavio Augusto da Silva Orzari, “o compromisso de ajustamento de conduta tem o escopo de obrigar o compromissado a voltar a cumprir a lei e, assim, *resolver o litígio sem se valer do instrumento processual de conhecimento ou da homologação do órgão jurisdicional*”. Segundo o

<sup>6</sup> Cf. Daniel Roberto Fink, Alternativas à ação civil pública ambiental (reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta). In: Édis Milaré (coord.), *Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos*, 2. ed., São Paulo: RT, 2002, p. 119-120.

Autor, é na perspectiva extrajudicial e preventiva que se pode enquadrar o compromisso de ajustamento de conduta<sup>7</sup> (grifei).

Natureza análoga à do TAC tem o TCP, que, aliás, se inspirou naquele. Como bem ressaltou Geisa de Assis Rodrigues, “a década de 1990 nos legou alguns institutos que tratam justamente da tutela extrajudicial de direitos transindividuais, como o compromisso de ajustamento de conduta, previsto no § 6.º do art. 5.º da Lei n. 7.347/85, no art. 216 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) e no artigo 76-A da Lei da Natureza (Lei n. 9.605/98), e, na seara da defesa da ordem econômica, o compromisso de desempenho e o compromisso de cessação de prática. Este último está regulado no artigo 53 da Lei n. 8.884/94”.<sup>8</sup>

Nas palavras da referida autora, “o compromisso de cessação de prática é um meio alternativo de solução de conflitos envolvendo direitos transindividuais em risco diante de determinadas práticas econômicas. Exatamente porque o compromisso de cessação é um instrumento de tutela de direitos transindividuais, não deve ser celebrado sob a perspectiva do compromissário ou segundo o seu exclusivo interesse. Conforme tivemos a oportunidade de abordar, as novas formas de solução extrajudicial de conflito devem ser regidas pelos princípios do acesso à justiça, da tutela preventiva, da tutela específica, da aplicação negociada da norma jurídica e do princípio democrático”.<sup>9</sup>

O caráter contratual e bilateral do referido compromisso – inspirado no “consent decree” do direito norte-americano – foi também destacado por César Mattos, ao assinalar que “o CCP deve ser *amplamente negociado entre o CADE, a(s) parte(s) acusada(s) e a(s) parte(s) que alega(m) estar sendo prejudicada(s)*”. Fazendo alusão à manifestação da Conselheira Neide Mallard, “em seu voto no processo de fertilizantes (1994), o procedimento ‘tem por objetivo a imediata restauração da concorrência, sem as delongas do processo administrativo, poupadas as *démarches* das ações judiciais, evitando ainda os altos custos financeiros normalmente infligidos

---

<sup>7</sup> Cf. Octavio Augusto da Silva Orzani, *Compromisso de ajustamento de conduta: eficácia na proteção de interesses transindividuais*, tese de láurea defendida em 2004 perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 40.

<sup>8</sup> Cf. Geisa de Assis Rodrigues, Breves considerações sobre o compromisso de cessação de prática. In: João Carlos de Carvalho Rocha (coord.), *Lei antitruste – 10 anos de combate ao abuso de poder econômico*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 121-122.

<sup>9</sup> Idem, *ibidem*, p. 122-123.

a todas as partes envolvidas. É inequívoca a desejável redução da incerteza no processo”<sup>10</sup> (grifei).

Invocando o magistério do professor e ex-Conselheiro do CADE João Bosco Leopoldino da Fonseca, Carla Lobão lembrou que “o CPP se insere no instituto jurídico da transação, previsto nos artigos 1.025 a 1.036 do Código Civil, cujas características se evidenciam como *um acordo, que se manifesta com o propósito de extinguir um litígio, em que existe uma reciprocidade de concessões e em que permanece inequívoca a incerteza quanto ao direito das partes*. Com esse acordo”, prossegue a autora, “a autoridade não investiga mais e o representado paralisa a prática de atos que geraram suspeitas de infração contra a ordem econômica”<sup>11</sup> (grifei).

Ainda nas palavras de Carla Lobão, o Compromisso de Cessação de Prática – CCP é um instrumento de composição de conflitos da concorrência “cujo objetivo é o restabelecimento imediato do funcionamento regular do mercado, por meio da cessação espontânea, pelo representado, da condição investigada”. A lei assegura “a suspensão do processo enquanto estiver sendo cumprido o compromisso, e o arquivamento do processo ao término do prazo fixado, sem julgamento do mérito e sem a aplicação de qualquer penalidade, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo respectivo”<sup>12</sup> (grifei).

Tanto o CCP como o TAC – que agora nos interessa – são, portanto, modalidades de *transação, sujeita a condição resolutiva*: ou seja, se houver descumprimento do compromisso assumido pelo transator, a transação perderá eficácia, tendo como consequência a retomada do curso do processo administrativo.

## 6. A transação sem admissão de culpa: o *nolo contendere*

A transação pode dar-se com ou sem admissão de culpa pelo transator. No campo penal, são exemplos de transação *com assunção de culpa* o *guilty*

<sup>10</sup> Cf. César Mattos, O compromisso de cessação de práticas anticompetitivas no CADE: uma abordagem de teoria dos jogos, *Revista do IBRAC*, v. IV, n. IV, abril de 1997, p. 44-45.

<sup>11</sup> Cf. Carla Lobão, Compromisso de cessação de prática – uma abordagem crítica sobre o instituto, *Revista do IBRAC*, v. VIII, n. VIII, 2001, p. 87-88.

<sup>12</sup> Idem, *ibidem*, p. 89.

*plea* e o *plea bargaining* do direito norte-americano e o *patteggiamento* do direito italiano.

Mas há uma transação sem admissão de culpa, inspirada no instituto do *nolo contendere*, também do direito norte-americano: ou seja, uma forma de defesa em que o acusado não contesta a imputação, mas não admite culpa nem proclama sua inocência.<sup>13</sup> Simplesmente o interessado exprime sua intenção de não litigar, preferindo aceitar concessões recíprocas, mediante a celebração de uma transação que põe fim ao processo.

É neste instituto, e com esta visão, que o processo penal brasileiro alicerça a transação penal, prevista na Lei 9.099, de 28 de setembro de 1995: não há admissão de culpa na transação dos arts. 76 e 89 da lei.<sup>14</sup>

No campo da defesa da concorrência, é exposto o art. 53, com relação ao TCP, que jamais implica admissão de culpa:

Art. 53: “Em qualquer fase do processo administrativo poderá ser celebrado, pelo CADE, ou pela SDE, ad referendum do CADE, compromisso de cessação de prática sob investigação, *que não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento da ilicitude da conduta analisada*” (grifei).

*Quid inde* do Termo de Ajustamento de Conduta da Lei 7.347/85? É certo que o parágrafo 6.º do art. 5.º da lei silencia sobre o assunto. Mas, pela analogia existente entre o TAC e o TCP, tudo indica que o mesmo tratamento deve ser dado aos dois institutos, ao menos no âmbito da defesa da concorrência.

Aliás, a própria SDE, nos casos em que celebra TACs no campo da defesa do consumidor, costuma inserir no termo a cláusula de não assunção de responsabilidade pela Representada.

Confira-se, só para exemplificar, o TAC 02/2004/SDE/GAB, firmado com a empresa Reckitt Benkiser Brasil Ltda. em 18/10/2004, no processo administrativo DPDC 0812.005383/2001-74, cuja alínea (v) dos consideranda determina:

---

<sup>13</sup> V. *Dictionary of Criminal Justice Terms*, da Gould Publications, p. 155.

<sup>14</sup> Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, *Juizados Especiais Criminais*, 5. ed., São Paulo: RT, 2005, p. 163-165 e 255-257.

(v) “que a Requerente, *muito embora não admita haver praticado qualquer ato ilícito ou agido com a intenção de fraudar ou lesar os consumidores de seus produtos*, tem interesse em prevenir e terminar litígios em relação aos fatos objeto do Processo Administrativo supra-mencionado, bem como seus desdobramentos judiciais” (grifei).

## 7. Conclusões

De tudo que se disse, extraem-se as seguintes conclusões:

1. No campo da defesa da concorrência, é perfeitamente possível a celebração do termo de ajustamento de conduta – TAC, previsto pela Lei 7.347, de 24 de julho de 1985.
2. A tutela dos interesses difusos e coletivos, no campo da defesa da concorrência, é prevista expressamente pela Lei 8.884/94 e se perfaz por todos os instrumentos contemplados pela Lei 7.347/85 (para tanto, modificada pela própria Lei 8.884).
3. Podem celebrar o TAC os órgãos públicos legitimados, mesmo sem personalidade jurídica, nos termos da Lei 7.347/85 e do Código de Defesa do Consumidor, que interage com a referida lei. Sendo assim, o CADE e a SDE, bem como o Ministério Público, isolada ou conjuntamente, podem celebrar o TAC com o interessado.
4. A natureza jurídica do TAC é de transação, conforme apontado pela melhor doutrina.
5. A celebração do TAC, no âmbito da defesa da concorrência, não importa em admissão de culpa por parte do interessado.
6. Muito embora existam mecanismos que levam à transação em que se prevê a admissão de culpa, no âmbito da concorrência isso não ocorre, em virtude da analogia do TAC com o CCP – que não importa em assunção de culpa, nos expressos termos da Lei 8.884 –, devendo ser dado o mesmo tratamento jurídico aos dois instrumentos.

