

POLÍTICA DE COMBATE AOS CARTÉIS: OS ACORDOS DE LENIÊNCIA, O TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO E A LEI 11.482/2007

*Danilo Ferraz Córdova**

*Mariana Rebuzzi Sarcinelli Lopes***

Resumo

O presente estudo destina-se a investigar, em primeiro lugar, os acordos ou programas de leniência, enquanto importantes instrumentos de combate aos cartéis, procurando relatar brevemente a valiosa e consolidada experiência norte-americana e européia acerca deste instituto. A experiência brasileira, ainda que recente e em estágio de desenvolvimento, também é analisada.

Em um segundo momento, passa-se à análise do Termo de Compromisso de Cessação – TCC – instituto presente na Lei Antitruste Brasileira (Lei Federal n. 8.884/94, art. 53) que permite que, em qualquer fase do processo administrativo, uma empresa celebre, com o CADE ou com a SDE *ad referendum* do CADE, um compromisso de cessar prática anticoncorrencial sob investigação.

Em uma última fase é feita uma análise crítica acerca do impacto causado pela recente lei 11.482, de 31 de maio de 2007, que ampliou a abrangência do Termo de Compromisso de Cessação (TCC), com o objetivo de estender sua aplicação aos cartéis, enfraquecendo os programas de leniência.

Abstract

This study aims to investigate, in first place, the leniency policy, while important tool in fighting cartels, and briefly report the valuable and consolidated North American and European experiences regarding this policy.

* Advogado militante. Membro do Instituto Latino-Americano de Direito Comparado.

** Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Pós Graduada em Direito de Empresa pela Universidade Gama Filho.

The Brazilian experience, despite recent and in process of development, is also analyzed.

In a second moment, this study analyses the ‘Cease-and-Desist Commitments’, an institute found in the Brazilian antitrust law (Brazilian Federal Law n. 8.884/94, art. 53), which allows a firm to make an commitment with CADE (Administrative Council for Economic Defense) or SDE (Secretariat for Economic Law of the Ministry of Justice) — *ad referendum* CADE, to cease acts under investigation, in any instance of administrative proceedings. This commitment shall by no means entail a confession as to the matter under analysis nor acknowledgment of guilt for the acts thereunder.

Finally, this study analyses the impact caused by the recent Brazilian Federal Law n. 11.482/2007, which enlarged the ranging of the Cease-and-Desist Commitments with the main objective of expanding its application to Cartels, weakening this way, the Leniency policies.

Palavras-Chave: Cartel – Acordo de Leniência – Termo de Compromisso de Cessaçã – Lei n.º 11.482/2007.

Introdução

Segundo Paulo Márcio Reis Santos, ‘o cartel constitui um acordo celebrado entre concorrentes de determinado produto ou serviço, buscando o aumento dos lucros, mediante a adoção de condutas uniformes, principalmente em matéria de preços’ (SANTOS, 2008, p. 145).¹ Lembra, ainda, o ex-conselheiro do CADE, Ruy Santacruz, que ‘outras variáveis de mercado

¹ Cabe lembrar, ainda, a definição de cartel dada por Gesner Oliveira e João Grandino Rodas: ‘O cartel constitui um acordo entre concorrentes com objetivo de maximização conjunta de lucro. Assim, em vez de as empresas concorrerem entre si, passam a coordenar suas ações de forma a obter os maiores lucros possíveis em detrimento dos consumidores. Quando ocorre este tipo de ação concertada, a quantidade produzida é menor e o preço maior, reduzindo o bem-estar.

O cartel pode ocorrer sob diversas formas. Pode incluir acordo de preços acerca de formas de participação em licitações públicas ou privadas, divisão de clientes e territórios e restrição da produção, entre outros’. (OLIVEIRA e RODAS, 2004, p. 41-2)

também podem ser consideradas cartel, tais como qualidade do produto, lançamento de novos produtos etc.²

É preciso salientar inicialmente que em um mercado pulverizado, ou seja, em um mercado com uma grande quantidade de empresas concorrentes é mais difícil a ocorrência do cartel. Lado outro, em um mercado oligopolizado, a formação de um cartel é mais provável, conforme afirmado pelo Conselheiro do CADE, Thompson Andrade, no Caso Nestlé/Garoto, Ato de Concentração n. 8012.001697/2002-89:

A análise das condições de concorrência no mercado é muito importante neste caso porque se sabe que em estruturas de mercado, como a presente, com a participação acentuada de duas empresas, há potencialmente um enorme estímulo e facilidade para a adoção de condutas cartelizadas. A análise da possibilidade deste risco é fundamental para a consideração da aprovação da aquisição já que, se esta possibilidade for efetiva, há que se considerar se não seria melhor para a concorrência que os ganhos de eficiência resultantes da concentração fossem obtidos via aquisição por alguma outra empresa que não as líderes do mercado, Nestlé e Lacta.

Em um mercado onde o produto ou o serviço não é homogêneo, a existência de um cartel também é muito difícil, haja vista a possibilidade de substitubilidade do produto ser enorme.

O perigo representado pelos cartéis à ordem econômica é tão vasto devido ao fato de que eles prejudicam a eficiência econômica – pois suprimem a concorrência entre agentes econômicos atuantes dentro de um mesmo mercado relevante – e limitam o direito fundamental de escolha do consumidor, extremamente prejudicado, na medida em que este tipo de acordo traz consigo um conseqüente desinteresse por parte das empresas participantes em investir em pesquisa, em desenvolvimento de novas tecnologias e qualidade dos produtos e no aumento qualitativo e quantitativo da produção. Sem falar nos danos do ponto de vista macroeconômico, uma vez que a referida ineficiência econômica provocada pelos cartéis ‘promove o desemprego, tensões artificiais de custos e conseqüente inflação, além de obstáculos no pleno desenvolvimento de um país. São um dreno do dinheiro da sociedade e de recursos produtivos’. (MAZZUCATTO, 2004, p. 1).

² Trecho de voto proferido por Ruy Santacruz, em julgamento do processo administrativo n. 08000.045337/97-48.

Obviamente, em virtude de tantos efeitos nocivos, o cartel ‘é considerado infração contra a ordem econômica em todos os países que aplicam leis de defesa da concorrência’. (SANTACRUZ, 2003. p. 416).

Dentre todas as condutas que resultam em infrações à Ordem Econômica, os cartéis são considerados a mais grave³ ‘justificando maior cuidado das autoridades na identificação, na perseguição das empresas envolvidas e na severidade das punições aplicadas’⁴ (FONSECA, 2008, p. 47).

Entretanto, um dos maiores entraves que se opõe à punição dos cartéis é justamente a identificação e prova da referida conduta. O cartel sempre é realizado ‘às escuras’ pelas empresas participantes, por meio de reuniões secretas sem a redação de atas, e-mails anônimos e criptografados, ligações de telefones públicos, dentre outros meios utilizados para impedir a descoberta e caracterização da prática concertada. Conforme bem lembra Calixto Salomão Filho:

Existindo o acordo, sejam quais forem suas conseqüências ou efeitos jurídicos do ponto de vista civil, há uma certificação jurídica ao menos do intento de dar durabilidade e extensão suficiente ao vínculo que se está criando para que as empresas possam dessa situação se aproveitar. A idéia da durabilidade, essencial para a noção concorrencial de acordo, está bem presente na legislação concorrencial

³ Vale ser transcrito o primeiro parágrafo da Comunicação 96/C 207/04, onde a Comissão Europeia coloca os acordos firmados entre os agentes econômicos com o fim de anular a concorrência como o seu maior problema: ‘1. Os acordos secretos entre empresas que têm por objeto a fixação de preços e de quotas de produção ou de venda, a repartição dos mercados ou a proibição das importações ou das exportações contam-se entre as restrições de concorrência mais graves com que se debate a Comissão.’ (Português de Portugal)

⁴ Importante ressalva deve ser feita quanto ao chamado ‘cartel de crise’. Trata-se de uma situação excepcional, em que, diante de um mercado em crise, um cartel que, a princípio seria considerado uma conduta absolutamente inadmissível do ponto de vista concorrencial em circunstâncias normais, passa a ser tolerada, para superar as dificuldades de compatibilização entre a capacidade de produção e a demanda. Sobre o assunto: ANDRADE, G. B. de; COUTO, J. A.; HABIBE, T. C. Cartel: Estudo Comparativo. In: FONSECA, João Bosco Leopoldino da (Org). *Temas de Direito da Concorrência*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – Pós-Graduação, 2005, p. 29-58.

brasileira, que utiliza a expressão ‘fixar preços, em acordo com concorrente’ (art. 21, I).

Assim, pode-se ter a certeza de que o vínculo que se está criando tem relevância para o direito concorrencial. Portanto, prova importante é a existência de convergência expressa, verbal ou escrita, de vontades, e não a formas como essas vontades se expressam. Daí a razão da – por vezes caricatural – busca de provas fáticas de concerto de intenções em direito concorrencial, como encontros furtivos ou coisas do gênero.

Note-se, no entanto, que essa busca de provas, natural e necessária, pode levar a problemas jurídicos de monta. Recentemente, essa tem sido a tendência da prática brasileira. Investigação de cartéis tem-se resumido a busca de prova de acordo (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 264-265).

O cartel é um acordo muito instável entre as empresas participantes, uma vez que os agentes econômicos, a fim de aumentar os lucros, acumulando, assim, riqueza⁵ tendem naturalmente a traí-lo e, conseqüentemente, vendem os seus produtos ou os seus serviços mais baratos do que foram pactuados entre eles, reiniciando a concorrência que fora interrompida pelo acordo horizontal firmado.

Procura-se aproveitar da fragilidade interna dos cartéis, que internamente são uma forma de organização instável e eivada de desconfiança entre os participantes. Pode-se falar numa trégua entre os participantes, que cessam de concorrer, mas não propriamente de uma aliança estável (FONSECA, 2007, p. 306).

Portanto, conforme informado acima, quanto maior o número de empresas em determinado cartel, maior será a instabilidade do mesmo, pois a

⁵ Não há dúvidas que vivemos em uma sociedade, ou melhor, em um mundo capitalista. João Bosco Leopoldino da Fonseca assim define o capitalismo: ‘O capitalismo se define como um sistema econômico baseado na propriedade privada dos meios de produção, propiciadora de acúmulo de poupança com finalidade de investimento de grandes massas monetárias, dentro de uma organização de livre mercado, através de uma organização permanente e racional’. (*Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 253).

probabilidade do não-cumprimento das determinações mutuamente impostas será maior.⁶

Pensando nesta instabilidade dos cartéis, as autoridades vêm adotando estratégias com o intuito de tornar mais eficaz a identificação e prova, perseguição e aplicação das penalidades cabíveis aos cartéis. Os programas desenvolvidos têm sido no sentido de encorajar os participantes do acordo a ‘quebrarem o sigilo’, revelando seu segredo, confessando e delatando seus co-conspiradores. Em troca desta informação, por meio do chamado acordo de leniência, as autoridades poderão anistiar ou reduzir as penas que seriam impostas àqueles que se apresentarem, oferecendo-lhes ajuda, podendo até mesmo ocorrer, mediante o preenchimento dos requisitos legais, a extinção da punibilidade criminal.⁷

Escrever sobre os acordos de leniência constitui um desafio a todos aqueles que por este assunto se interessam, seja por sua enorme relevância, seja pela enorme quantidade de aspectos que suscita.

Assim, destaca-se que este estudo tem dois pontos centrais:

- a) os acordos ou programas de leniência enquanto principais instrumentos voltados ao combate dos cartéis, segundo as visões norte-americanas, européia e brasileira;
- b) análise crítica acerca do impacto – aqui, por nós, considerado negativo – causado pela lei 11.482 de 31 de maio de 2007, que ampliou a abrangência do ‘Termo de Compromisso de Cessação (TCC), com o objetivo de estender sua aplicação aos cartéis, enfraquecendo significativamente, a nosso ver, os programas de leniência, até então a forma mais efetiva de punição dos cartéis.

Convém ressaltar que o que se pretende, em última instância, é contribuir de alguma forma para a compreensão e debate e, talvez, até mesmo, superação de algumas das inúmeras dificuldades que se colocam a todos os momentos diante daqueles que se ocupam com o tema em questão, pelo menos no que diz respeito à sua dimensão dogmático-jurídica, profunda-

⁶ FORGIONI. Paula A. Op. cit., p. 406.

⁷ Ressalta-se que a diminuição e a imunidade da multa, bem como a extinção da punibilidade criminal, irão variar de acordo com a legislação de cada país.

mente vinculada com os valores maiores e princípios essenciais do Estado Democrático de Direito.

1. Os Acordos de Leniência

1.1 *Conceito, objetivos e principais requisitos*

De acordo com o *Novo Dicionário da Língua Portuguesa* Folha de São Paulo/Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, o vocábulo ‘leniência’ é um substantivo feminino que significa lenidade. Lenidade, por sua vez, quer dizer brandura, suavidade, mansidão (FERREIRA, 1995, p. 390).

Juridicamente, utiliza-se o termo leniência para designar ‘qualquer sanção ou obrigação que seja considerada menos severa que aquela exigida na falta de uma cooperação plena ou voluntária’ (SOBRAL, 2001, p. 132).

Aplicado ainda mais especificamente ao campo do direito da concorrência, o vocábulo torna-se uma expressão: ‘Acordo ou Programa de Leniência’. Trata-se da ‘medida adotada por alguns programas que prometem uma ‘redução da sanção em troca de informação ou de cooperação para detecção e identificação de um cartel’ (FONSECA, 2008, p. 61).

Outro instituto utilizado para encorajar a quem eventualmente esteja envolvido na prática de um cartel a colaborar com as autoridades, confessando e delatando seus co-conspiradores, é o da ‘anistia’. Usa-se o termo anistia para designar programas que prometem a imunidade, ou seja, a não-imposição de penalidade ao primeiro integrante do cartel que tome a iniciativa de ir em busca da autoridade competente, confessar envolvimento na conduta e delatar os demais envolvidos, assumindo o compromisso de colaborar integralmente junto às autoridades competentes. Pelo que se pode perceber, o termo anistia é mais abrangente que o termo leniência. Segundo bem pondera João Bosco Leopoldino da Fonseca, ‘esta distinção nem sempre é feita nas exposições sobre a matéria, empregando-se, às vezes, indistintamente, os dois termos’ (FONSECA, 2008, p. 61).

Assim, sempre que um cartel estiver sujeito a sanção em âmbito criminal, a leniência normalmente concede imunidade ao processo criminal e, no âmbito do processo administrativo em trâmite, o referido acordo ou programa possui a capacidade de reduzir multas, perante o órgão de defesa da concorrência.

Pelo acima exposto, pode-se inferir que se trata de um instrumento que parte da prévia ciência da instabilidade interna dos cartéis, da questionável 'lealdade' entre os que dele participam e da idéia de premiar⁸ aqueles que colaboram com o Estado em troca de benefícios pessoais. O objetivo fundamental dos acordos de leniência é, pois, o combate aos cartéis, permitindo que infrações desta monta sejam identificadas e comprovadas, de maneira mais rápida e a custos mais baixos (se comparada a outros meios probatórios), conduzindo a desfechos mais céleres e eficientes do processo.

Pode-se dizer, ainda, que, embora não inéditas, são formas modernas, bastante complexas e muito eficientes de controle repressivo das piores infrações à ordem econômica, que são os cartéis.

Vale ressaltar, como bem lembra Paolo Zuppo Mazzucato, que:

[...] de acordo com as peculiaridades de cada ordenamento jurídico, o tratamento leniente pode vir sob a forma de não aplicação⁹ ou redução da multa pecuniária e/ou da penalidade criminal, ao invés da possibilidade de o infrator ser denunciado criminalmente (MAZZUCATO, 2004, p. 12).

Quanto aos requisitos principais dos programas de leniência, pode-se destacar:

- a) Credibilidade da informação e sua fonte: a empresa ou pessoa física envolvida na prática do cartel deverá fornecer informações que a autoridade competente ainda não possua. Esta exigência decorre do fato de que o próprio objetivo do programa é o de descobrir fatos ou evidências novas, desconhecidas. 'Nada impede que haja a delação de um cartel já existente, desde que a informação prestada seja inédita e contundente' (SOBRAL, 2001, p. 134). Vale destacar, ainda, que apenas o desconhecimento do fato por parte da autoridade é suficiente para que ela aceite a informação prestada pelo colaborador. Todos os dados, informa-

⁸ O acordo de leniência não pode nem deve servir para acobertar quem quer que esteja envolvido na conduta infracionária. Caso isso fosse possível, seria muito fácil que um determinado agente simule uma confissão para se valer dos benefícios atribuídos pelo programa, enquanto os demais envolvidos sofrerão as penalidades da lei. Há que haver, por parte da lei, a exigência da cessação imediata e completa do envolvimento do delator na prática da conduta anticoncorrencial.

⁹ O já mencionado por nós instituto da anistia.

ções e documentos fornecidos devem ser capazes de comprovar a conduta sob investigação.

- b) Forma de cooperação contínua, completa e com base na boa-fé: é claro que a cooperação daquele que se oferece para tanto deve ser completa e uma vez iniciada não poderá ser cessada. A continuidade, portanto, da cooperação é requisito fundamental. Isto porque contínuo será o próprio processo investigatório para identificar outros eventuais partícipes e reunir outras provas fundamentais para a aplicação de sanções eventualmente previstas. Exige-se, ainda, que a parte delatora preencha o requisito da boa-fé comprovada, quando da aprovação do acordo de leniência pela autoridade competente.
- c) Sigilo e confissão dos dados e informações trazidas: pessoas físicas ou jurídicas que, querendo colaborar com as autoridades, tomam a iniciativa de delatar a conduta infrativa e, por conseguinte, todos os seus co-infratores, sofrem sérios riscos de retaliação comercial ou, muitas vezes, até mesmo, pessoal. Por isso, nada mais natural que conferir ao acordo de leniência caráter absolutamente sigiloso, tratando com o devido rigor todas as informações confidenciais.

1.2 A experiência norte-americana

Em 1978, os Estados Unidos criaram o primeiro programa de leniência, porém, este primeiro passo não foi bem-sucedido, pois não foram celebrados muitos acordos com a autoridade antitruste norte-americana, haja vista a falta de previsibilidade das vantagens que a empresa iria auferir ao denunciar o cartel, uma vez que havia uma discricionariedade muito grande por parte do Departamento de Justiça dos Estados Unidos em conceder ou não a imunidade no pagamento das multas, bem como em extinguir a punibilidade criminal.

Assim, em 1993 foi editado o Corporate Leniency Policy, em substituição ao anterior.

Podem-se citar quatro grandes modificações ocorridas que melhoraram o programa precedente:

- (i) o novo programa tornou mais estimulante a realização do acordo, uma vez que as empresas passaram a ter uma previsibilidade das vantagens que poderiam ter ao aderir ao Corporate Leniency Policy, sendo este um dos maiores problemas do programa anterior;

- (ii) se a empresa cumprisse os requisitos estipulados na parte A da Lei¹⁰ seria concedido, automaticamente, a anistia total da multa, desde que a denúncia fosse feita antes de iniciada a investigação. Esse foi, sem sombra de dúvidas, o maior avanço, pois as empresas que quisessem aderir ao acordo, saberiam previamente se teriam a imunidade ou não;
- (iii) mesmo que a investigação já tivesse sido iniciada, ou ainda que a empresa não tivesse cumprido, integralmente, os requisitos estipulados na parte A da referida Lei, a empresa denunciante faria jus a um abrandamento da multa, desde que cumprisse outras exigências legais;¹¹

¹⁰ O Corporate Leniency Policy na parte A assim determina:

‘Leniency will be granted to a corporation reporting illegal activity before an investigation has begun, if the following six conditions are met:

1. At the time the corporation comes forward to report the illegal activity, the Division has not received information about the illegal activity being reported from any other source;
2. The corporation, upon its discovery of the illegal activity being reported, took prompt and effective action to terminate its part in the activity;
3. The corporation reports the wrongdoing with candor and completeness and provides full, continuing and complete cooperation to the Division throughout the investigation;
4. The confession of wrongdoing is truly a corporate act, as opposed to isolated confessions of individual executives or officials;
5. Where possible, the corporation makes restitution to injured parties; and
6. The corporation did not coerce another party to participate in the illegal activity and clearly was not the leader in, or originator of, the activity.’ (Corporate Leniency Policy, Department of Justice. Disponível em <<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>>, acesso em 22 de julho de 2007).

¹¹ O Corporate Leniency Policy na parte B assim determina:

‘If a corporation comes forward to report illegal antitrust activity and does not meet all six of the conditions set out in Part A, above, the corporation, whether it comes forward before or after an investigation has begun, will be granted leniency if the following seven conditions are met:

1. The corporation is the first one to come forward and qualify for leniency with respect to the illegal activity being reported;
2. The Division, at the time the corporation comes in, does not yet have evidence against the company that is likely to result in a sustainable conviction;
3. The corporation, upon its discovery of the illegal activity being reported, took prompt and effective action to terminate its part in the activity;

- (iv) outra grande mudança no novo programa de leniência norte-americano consiste na extensão da leniência aos diretores e funcionários da empresa que cooperassem.

Em 1999, foi criada a Leniency Policy for Individuals destinado para as pessoas físicas que quiserem participar do programa de leniência norte-americano.

Posteriormente, em 1999, foi criada a Leniency Plus:

A Leniency Plus ('Acordo de Leniência Adicional') surgiu da constatação, por parte do DOJ, de que a maioria dos processos envolvendo cartéis se iniciou como resultado de evidências descobertas durante investigações ocorridas em setores completamente distintos e não relacionados em termos de produto ou serviço.

Assim, a Division elaborou uma série de medidas com o objetivo de incentivar empresas que estavam colaborando em inquéritos referentes a um determinado cartel a se qualificar para um Acordo de Leniência relacionado a acordos em outros mercados relevantes (MAZZUCATTO, 2004, p. 51).

É muito interessante a idéia da Leniency Plus, uma vez que proporciona ao agente econômico, que está sendo investigando pela prática de car-

-
4. The corporation reports the wrongdoing with candor and completeness and provides full, continuing and complete cooperation that advances the Division in its investigation;
 5. The confession of wrongdoing is truly a corporate act, as opposed to isolated confessions of individual executives or officials;
 6. Where possible, the corporation makes restitution to injured parties; and
 7. The Division determines that granting leniency would not be unfair to others, considering the nature of the illegal activity, the confessing corporation's role in it, and when the corporation comes forward.

In applying condition 7, the primary considerations will be how early the corporation comes forward and whether the corporation coerced another party to participate in the illegal activity or clearly was the leader in, or originator of, the activity. The burden of satisfying condition 7 will be low if the corporation comes forward before the Division has begun an investigation into the illegal activity. That burden will increase the closer the Division comes to having evidence that is likely to result in a sustainable conviction.' (Corporate Leniency Policy, Department of Justice. Disponível em: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>. Acesso em: 22 jul. 2007).

tel em um mercado, a possibilidade de firmar um Acordo de Leniência em outro mercado que se encontra cartelizado, mas que a autoridade não tem conhecimento, obtendo, desde que preenchido os requisitos legais, a imunidade neste mercado que a autoridade não tem conhecimento e a redução no outro mercado que já se encontra sob investigação.

Graças a essa iniciativa o número de condenações aumentou consideravelmente e, de 40 cartéis internacionais revelados, mais da metade ocorreu em virtude da Leniency Plus. Impede também ressaltar o ‘efeito dominó’ verificado em alguns episódios, quando a descoberta de uma infração conduz a outra, sucessivamente. O ‘Cartel da Lisina’ encaminhou a Division ao ‘Cartel do Ácido Cítrico’, que, por sua vez, levou ao ‘Cartel do Gluconato de Sódio’, que resultou na investigação do ‘Cartel do Eritorbato de Sódio’ e, finalmente, no ‘Cartel do Maltol’. Ao todo, como saldo dos cinco processos interconectados, 10 companhias e 11 indivíduos de 7 diferentes países foram condenados e pagaram mais de US\$ 225 milhões (MAZZUCATTO, 2004, p. 52-3).

No dia 29 de outubro de 2003 e no dia 22 de junho de 2004, foram publicadas, respectivamente, a Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2003 e a Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004 com o objetivo de aumentar as penas em caso de condutas concertadas e, conseqüentemente, estimular os agentes econômicos a aderirem ao Programa de Leniência norte-americano.¹²

A Lei publicada em 2003 aumentou a multa imposta para uma empresa participante de cartel de dez milhões de dólares para cem milhões de dólares.

A Lei publicada no ano de 2004 aumentou a multa imposta ao empresário de uma empresa participante de cartel de trezentos e cinquenta mil dólares para um milhão de dólares, bem como a pena de prisão aumentou de 3 anos para 10 anos.

Mesmo antes da publicação das duas últimas leis que aumentaram as multas e as penas a serem impostas pela prática do crime de cartel, ocorreu um aumento significativo na quantidade de acordos de leniência firma-

¹² Vale ser citado o preâmbulo Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004: ‘To encourage the development and promulgation of voluntary consensus standards by providing relief under the antitrust laws to standards development organizations with respect to conduct engaged in for the purpose of developing voluntary consensus standards, and for other purposes’.

dos nos Estados Unidos, conforme relatado por Eduardo Athayde de Souza Moreira e Rodrigo Peñaloza:

De 1978 até 1993 a média de celebração de acordos foi de aproximadamente uma por ano, enquanto que a partir de 1993 o número de celebrações subiu para uma por mês, sendo que entre outubro de 2002 e março de 2003 o número de celebrações de acordos de anistia pulou para três por mês; as multas coletadas graças a concessões de anistias entre 1997 e 2002 totalizaram US\$ 1,5 bilhão e a maioria das investigações de alçada internacional começou ou avançou graças a uma firma que celebrou o acordo, enquanto que no regime de 1978 o Departamento de Justiça americano não conseguiu levar aos tribunais um único cartel internacional.¹³

Verifica-se assim que o acordo de leniência foi amplamente aceito, gerando os efeitos pretendidos, quais sejam, a caracterização e a punição de um maior número de empresas participantes de cartéis.

1.3 A experiência europeia

A Comissão Europeia, seguindo o exemplo dos Estados Unidos, adotou o Programa de Leniência a partir da Comunicação 96/C 207/04, no dia 18 de julho de 1996¹⁴

Inicialmente, é preciso frisar que a União Europeia não tem competência para aplicar penas, tanto cíveis quanto penais, para pessoas físicas; apenas os Estados membros podem fazê-lo, portanto, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, a imunidade ou a redução da pena, aqui tratada, refere-se apenas à multa administrativa pecuniária e não à pena criminal.

¹³ *Programa de Leniência, Corrupção e o Papel da Corregedoria da Autoridade Antitruste*. ANPEC. Departamento de Economia – Universidade de Brasília, 19 de junho de 2004, p. 4. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2004/artigos/A04A091.pdf>>.

¹⁴ Vale ser transcrito o primeiro parágrafo da Comunicação 96/C 207/04, onde a Comissão Europeia coloca os acordos firmados entre os agentes econômicos com o fim de anular a concorrência como o seu maior problema: ‘1. Os acordos secretos entre empresas que têm por objecto a fixação de preços e de quotas de produção ou de venda, a repartição dos mercados ou a proibição das importações ou das exportações contam-se entre as restrições de concorrência mais graves com que se debate a Comissão.’ (Português de Portugal)

A Comissão Europeia, desde o início, concedia reduções da multa não só para a primeira empresa que denunciasse o cartel, mas também para as outras que cooperassem na produção probatória, mediante o preenchimento dos requisitos legais.

O primeiro programa não outorgava automaticamente a anistia para a primeira empresa que denunciasse o cartel, mas era concedida uma redução de, pelo menos, 75% do montante da multa que seria aplicada para o agente econômico, ou até mesmo a isenção total, dependendo da discricionariedade da Comissão.

Era necessário o preenchimento de 5 requisitos legais por parte do agente econômico, quais sejam, (i) que a Comissão Europeia não dispusesse previamente de informações suficientes sobre o cartel; (ii) que a empresa fosse a primeira a produzir elementos determinantes que comprovassem a existência do cartel; (iii) que pusesse fim à sua participação no cartel; (iv) que cooperasse permanentemente e totalmente com a Comissão, entregando todos os documentos e prestando todas as informações úteis; e (v) que não tivesse coagido outra empresa a participar do acordo nem tenha desempenhado um papel de instigação ou determinante na atividade ilícita.

Mesmo que não fosse a primeira a denunciar o cartel, uma empresa poderia se beneficiar com a redução da multa de 50% a 75% do montante da multa aplicada, desde que o agente econômico preenchesse os requisitos acima mencionados, menos os itens 'ii' e 'v'.

Caso o agente econômico apenas se propusesse a cooperar, mas não preenchesse os itens 'ii' e 'iii' acima mencionados, a Comissão poderia reduzir a multa que lhe seria imposta no percentual de 10% a 50%.

Após ter adquirido certa experiência, a Comissão Europeia modificou a legislação anterior e, no dia 19 de fevereiro de 2002, publicou seu novo programa de leniência por meio da Comunicação 2002/C 45/03.

Essa modificação teve como escopo oferecer mais segurança para o agente econômico que denunciasse um cartel, tendo em vista que diminuiu a discricionariedade da Comissão Europeia e incluiu a imunidade automática, caso a empresa preenchesse todos os requisitos legais.

Algumas alterações foram feitas também nas exigências legais para a concessão da imunidade, pois a partir de então não haverá mais a necessidade da denúncia ocorrer antes de iniciada as investigações. Entretanto, exige-se que o agente econômico deverá ser o primeiro a procurar a Comissão Europeia e que as autoridades não detenham em seu poder documentos suficientes para configurar a existência do cartel.

É importante frisar que não havia a necessidade dos documentos serem essenciais para a condenação dos participantes do cartel, mas que estes fossem suficientes para configurar sua existência.

Ademais, caso o agente econômico não preenchesse todas as condições previstas, a Comissão Européia deveria comunicá-lo da não-concessão da imunidade automática, porém, estipularia um prazo para que o agente econômico apresentasse os documentos necessários ou prestasse maiores informações para que, assim, usufruísse da imunidade.

A redução do montante da multa também poderia ser concedida para uma ou mais empresas que não preenchessem todos os requisitos para a obtenção da imunidade. Entretanto, nestes casos, o agente econômico deveria fornecer elementos de prova da infração presumida, devendo tal prova acrescentar um valor significativo relativamente aos elementos probatórios que já se encontrassem em posse da Comissão e deveria pôr termo à sua participação na infração.

É interessante informar que no ano de 2007, a Comissão Européia estipulou duas das três maiores multas impostas a cartel da sua história, sendo que nas dez maiores multas já impostas pela Comissão Européia, em todas foram firmados acordos de leniência com uma ou mais empresas.

Quadro 01 – Dez maiores multas impostas a cartel¹⁵

Ano	Nome do Caso	Multa (em euros)
2007	Elevadores e Escadas Rolantes	992.312.200
2001	Vitaminas	790.505.000
2007	Aparelho de Comutação de Isolamento a Gás	750.712.500
2006	Borracha Sintética (BR/RSBR)	519.050.000
2007	Vidro Liso	486.900.000
2002	Placas em Gesso	478.320.000
2006	Peróxido de Hidrogênio e Perborato	388.128.000
2006	Metacrilato	344.562.500
2007	Fechos	328.644.000
2006	Peças em Cobre	314.760.000

¹⁵ Cartels – EC – European Commission, 20 de abril de 2008. Disponível em: <http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>.

O primeiro dos aparelhos de comutação de isolamento a gás foi julgado no dia 24 de janeiro de 2007, e a Comissão Europeia multou em mais de 750 milhões de euros onze empresas multinacionais por participação em um cartel no mercado de transformadores de distribuição de energia elétrica com isolamento a gás.¹⁶

A empresa ABB se beneficiou do acordo de leniência firmado e ficou imune ao pagamento da multa que foi estipulado em mais de 215 milhões de euros.

Este cartel, segundo informações prestadas pela própria ABB, teria alcance mundial, excluindo apenas EUA, Canadá, Rússia e China, sendo que as primeiras reuniões teriam acontecido em 1985, tendo iniciado em 1988, ou seja, este cartel perdurou por quase vinte anos.

Quadro 02 – Multas impostas e redução concedida pela Comissão no cartel de aparelhos de comutação de isolamento a gás

Nome e Localização da empresa	Redução (%)	Redução (em euros)	Multa (em euros)
ABB, Suíça	100%	215 156 250	0
Alstom, França	–	–	65 025 000
Areva, França	–	–	53 550 000
Fuji Electric, Japão	–	–	3 750 000
Hitachi, Japão	–	–	51 750 000
Japan AE Power Systems, Japão	–	–	1 350 000
Mitsubishi Electric Corporation, Japão	–	–	118 575 000
Schneider, França	–	–	8 100 000
Siemens, Alemanha	–	–	396 562 500
Siemens, Áustria	–	–	22 050 000
Toshiba, Japão	–	–	90 900 000
TOTAL			750 712 500

O segundo caso, e a maior multa imposta pela Comissão Europeia, foi julgado no dia 21 de fevereiro de 2007. A Comissão condenou 4 empresas

¹⁶ UNIÃO EUROPÉIA. Press Releases, Bruxelas, 24 de janeiro de 2007. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/80&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>>. Acesso em: 23 jul. 2007.

a pagarem a quantia de mais de 990 milhões de euros, pela prática de cartel no mercado de elevadores e escadas rolantes. O interessante neste caso é que quase a totalidade das empresas participantes do cartel se beneficiou de um Acordo de Leniência firmado com a Comissão Europeia. Apenas a filial da empresa Kone, Holanda não usufruiu de tal benesse, porém, três empresas obtiveram a imunidade total da multa, quais sejam, a Mitsubishi Elevator Europe B.V. da Holanda, e as filiais da Bélgica e de Luxemburgo da empresa Kone.¹⁷

Quadro 03 – Multas impostas e redução concedida pela Comissão no cartel no mercado de elevadores e escadas rolantes:

Nome e Localização da empresa	Redução (%)	Redução (euros)	Multa (euros)	Total da multa por grupo (euros)
KONE				
Kone Belgium S.A., Bélgica	100	70.000.000	0	
Kone GmbH, Alemanha	50 + 1	63.630.000	62.370.000	
Kone Luxemburgo S.à.r.l., Luxemburgo	100	4 500 000	0	
Kone B.V. Liften en Roltrappen, Holanda	0	0	79.750.000	
Total para a KONE				142.120.000
Mitsubishi Elevator Europe B.V., Holanda	0 + 1	18.600	1.841.400	1.841.400
OTIS				
N.V. Otis S.A., Bélgica	40 + 1	32.611.950	47.713.050	
Otis GmbH & Co OHG, Alemanha	25 + 1	55.156.500	159.043.500	
General Technic-Otis S.à.r.l., Luxemburgo	40 + 1	12.423.600	18.176.400	
Otis B.V., Holanda	100	108.035.000	0	
Total para OTIS				224.932.950

¹⁷ UNIÃO EUROPEIA. Press Releases, Bruxelas, 21 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/209&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>>. Acesso em: 23 jul. 2007.

Nome e Localização da empresa	Redução (%)	Redução (euros)	Multa (euros)	Total da multa por grupo (euros)
SCHINDLER				
Schindler S.A./N.V., Belgica	0 + 1	700.000	69.300.000	
Schindler Deutschland Holding GmbH, Alemanha	15 + 1	4.041.750	21.458.250	
Schindler S.à.r.l., Luxemburgo	0 + 1	180.000	17.820.000	
Schindler Liften B.V., Holanda	0 + 1	355.250	35.169.750	
Total para SCHINDLER				143.748.000
THYSSENKRUPP				
ThyssenKrupp Liften Ascenseurs N.V./S.A., Bélgica	20 + 1	18.018.000	68.607.000	
ThyssenKrupp Aufzüge GmbH and ThyssenKrupp Fahrtreppen GmbH, Alemanha	0 + 1	3.780.000	374.220.000	
ThyssenKrupp Ascenseurs Luxembourg S.à.r.l.,Luxemburgo	0 + 1	135.000	13.365.000	
ThyssenKrupp Liften B.V., Holanda	40 + 1	16.047.150	23.477.850	
Total para THYSSENKRUPP				479.669.850
TOTAL				992.312.200

1.4 A experiência brasileira

Seguindo as idéias norte-americanas e européias, foi publicada no Brasil a Lei 10.149, de 21 de dezembro de 2000, que acrescentou os artigos 35-B e 35-C na Lei 8.884, de 11 de junho de 1994.

O Programa de Leniência brasileiro consiste em um acordo firmado entre a União Federal – intermediada pela SDE – e uma pessoa física ou jurídica co-autora de uma infração à ordem econômica. Por

meio deste acordo, a União oferece a extinção da ação punitiva da Administração ou a redução da pena a ser aplicada pelo CADE, bem como a extinção da punibilidade quando a infração também constituir crime contra a ordem econômica, em troca da confissão da interessada e de sua colaboração no fornecimento de provas capazes de condenar os demais co-autores. (MAZZUCATTO, 2004, p. 108)

Apesar da existência legal do acordo de leniência desde o ano de 2000, o Brasil tem pouca experiência neste assunto.

Os requisitos para que um agente econômico, que faz parte de um cartel, possa se beneficiar da leniência são:

- Ser o primeiro a se apresentar à SDE.
- Confessar a prática do cartel.
- Cessar a prática de cartel.
- Identificar os demais participantes do cartel.
- Colaborar efetivamente com as investigações.
- Apresentar informações e documentos que comprovem a infração.

Após ter se apresentado perante a SDE para firmar o Acordo de Leniência, a empresa poderá se beneficiar da extinção da punibilidade administrativa, caso a proposta do acordo tiver sido apresentada à SDE, sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada, ou poderá ocorrer a redução de um a dois terços, caso a SDE já tenha iniciado investigação, sendo considerado na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé da empresa no cumprimento do acordo de leniência.

Inspirado no modelo norte-americano, foi instituída no Brasil a ‘Leniência Plus’, na qual o eventual interessado que não se qualificar para um acordo de leniência para um determinado cartel, mas fornecer informações acerca de um outro cartel sobre o qual a SDE não tenha conhecimento, poderá obter todos os benefícios da leniência em relação a segunda infração e redução de um terço da pena que lhe seria aplicável com relação a primeira infração.

O Programa de Leniência brasileiro merece ser analisado com um olhar um pouco mais crítico, tendo em vista a experiência norte-americana e europeia sobre o tema em questão.

Primeiramente, a lei brasileira exige, para que seja concedida a imunidade total, o fornecimento de prova suficiente para assegurar a condenação. O requisito da ‘prova decisiva’ foi retirado dos programas norte-americanos e europeus, uma vez que a empresa não tem conhecimento do que poderá ser tal prova.

Ademais, este requisito aumenta a discricionariedade da autoridade antitruste, desencorajando o agente econômico a colaborar e denunciar o cartel.

Outro ponto que merece destaque, é que na legislação brasileira a imunidade somente será concedida para a empresa que denunciar um cartel do qual a SDE não tenha conhecimento, o que dificulta ainda mais qualquer espécie de acordo.

Assim, mesmo que a SDE tenha conhecimento da existência do cartel e que já tenha iniciado as investigações, poderá ocorrer que não tenha sucesso na produção probatória, porém, o sucesso na busca de provas será muito maior com a ajuda de um participante do cartel.

Ademais, a redação confusa e obscura da lei desencoraja o agente econômico para aderir ao programa de leniência.

Ressalta-se que com a legislação vigente, foram pouquíssimos os acordos de leniência firmados com a SDE, demonstrando, assim, a clara necessidade de serem repassadas as suas normas para que este instituto tenha maior eficiência, como ocorre nos Estados Unidos e na União Europeia.

Recentemente, foi julgado pelo CADE o primeiro caso de cartel instaurado devido à celebração de acordo de leniência, processo administrativo n. 08012.001826/2003-10.

O cartel, neste caso, foi no mercado de vigilância e segurança privada do Rio Grande do Sul, sendo inicialmente instaurado em face de três associações de classe do setor, 19 empresas e 30 administradores, porém, foram condenadas 17 empresas e seus administradores e duas associações de classe.

Quadro 04 – Multas impostas e redução concedida pelo CADE às empresas no cartel no mercado de vigilância e segurança privada

Empresa	Multa (R\$)	Redução (%)	Total (R\$)
Rudder Segurança Ltda.	7.992.045,46		7.992.045,46
Empresa Brasileira de Vigilância – EBV	2.331.231,69		2.331.231,69
Empresa Porto-alegrense de Vigilância Ltda. – EPAVI	2.301.395,58		2.301.395,58
Mobra Serviço de Segurança Ltda.	2.107.654,43		2.107.654,43
Segurança e Transporte de Valores Panambi Ltda.	2.252.378,02		2.252.378,02
Protevale Vigilância e Segurança Ltda.	451.792,16		451.792,16
Reação Segurança e Vigilância Ltda.	727.442,86		727.442,86
Rota Sul Empresa de Vigilância Ltda.	1.788.096,50		1.788.096,50
Seltec Vigilância Especializada Ltda.	1.061.167,04		1.061.167,04
Vigilância Pedrozo Ltda.	9.171.684,11		9.171.684,11
Protege Serviços de Vigilância Ltda.	2.481.983,50		2.481.983,50
Ondrepsb Serviços de Guarda e Vigilância Ltda. ¹⁸			
Secure Sistemas de Segurança Ltda. ¹⁹			
Sênior Segurança Ltda.	166.032,73		166.032,73
MD Serviços de Vigilância Ltda.	1.142.307,36		1.142.307,36
Delta Serviços de Vigilância Ltda.	709.430,04		709.430,04
Vigilância Antares Ltda.	15% do faturamento bruto do ano de 2002	100	0
Sindi-Vigilantes	159.600,00		159.600,00
Sindicato das Empresas de Segurança Privada – SINDESP-RS	159.600,00		159.600,00
ASSERVIRGS	319.200,00		319.200,00
TOTAL²⁰			35.323.041,48

¹⁸ Todas as multas foram estipuladas com base no faturamento bruto do ano de 2002 de cada empresa, e todas as empresas forneceram o faturamento espontaneamente. Contudo, a empresa Ondrepsb foi condenada à pena de 15% do seu faturamento bruto no ano de 2002, porém, a mesma não apresentou espontaneamente este documento e, desse modo, foi instaurado auto de infração por descumprimento.

¹⁹ A empresa Secure Sistemas de Segurança Ltda., da mesma forma que a empresa Ondrepsb Serviços de Guarda e Vigilância Ltda., não apresentou seu faturamento bruto do ano de 2002, ensejando, assim, a instauração de auto de infração.

²⁰ Não constam as multas impostas às empresas Ondrepsb Serviços de Guarda e Vigilância Ltda. e Secure Sistemas de Segurança Ltda.

2. O termo de Compromisso de Cessação

2.1 *Conceito, objetivos e características*

O Compromisso ou Termo de Cessação é um instituto existente na Lei Brasileira de Proteção   Concorrência (Lei n. 8.884/94, art. 53), que, assim como no caso dos acordos de leniência, pressupõe que o agente que eventualmente tenha cometido uma infração à Ordem Econômica se apresente perante a administração pública,   procura de um acordo. Diz o referido dispositivo legal:

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   matéria de fato nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.

Disto, entretanto, não decorre a equiparação entre os institutos do Acordo de Leniência e do Compromisso ou Termo de Cessação, conforme poderá ser comprovado no próximo item.

Pode-se dizer que o TCC tem como objetivo primordial extinguir ou paralisar a investigação, ‘havendo reciprocidade de concessões: a autoridade não investiga mais e o representado paralisa a prática de atos que geraram suspeitas de infração contra a ordem econômica’ (FONSECA, 2007, p. 327).

Dentre suas características principais, pode-se ressaltar o dinamismo e a celeridade de decisões, não se coadunando com a usual morosidade do processo administrativo e judicial brasileiros. Entretanto, conforme lembra João Bosco Leopoldino da Fonseca:

Por outro lado, por parte do agente econômico, interessa não empenhar o seu tempo de atividade empresarial em processos de desfecho incerto e, acima de tudo, de longa duração. É economicamente mais vantajoso para a empresa não alimentar uma situação de d vida sobre a lisura de sua conduta no mercado.

Para atingir esse objetivo comum, o legislador fixa um parâmetro aceitável bilateralmente: o agente econômico cessa a prática dos atos que a Administração entende lesivos, e, por outro lado, essa cessação não equivale à confissão nem a reconhecimento de ilicitude da conduta que está sendo objeto de investigação (...) (FONSECA, 2007, p. 328).

Vale ressaltar que, em caso de descumprimento do compromisso assumido, bem como de colocar obstáculos à verificação das determinações impostas, a autoridade irá executar judicialmente o agente econômico, pois, o TCC é um título executivo extrajudicial.

2.2 Diferenças quanto aos Acordos de Leniência

Ainda há confusão entre os institutos do TCC e do Acordo de Leniência, assim, é importante lembrar a lição de Ibrahim Acácio Espírito Sobral, para que não haja mais esta dúvida:

o acordo de leniência possui uma amplitude e grau de sofisticação maiores que o compromisso de cessação. O acordo de leniência é mais abrangente, já que exige que o delator ofereça provas da conduta ilícita de outros agentes econômicos, o que não se verifica no Termo de Cessação, no qual o infrator simplesmente compromete-se a cessar sua prática infrativa, não exigindo dele qualquer comprovação de práticas a terceiros. O compromisso de cessação por si só não dispõe de elementos suficientes para a descoberta e desmantelamento de cartéis. (SOBRAL, 2001, p. 141).

3. Impactos da Lei n. 11.482 de 31 de maio de 2007 – Uma visão crítica

A Lei n. 11.482, de 31 de maio de 2007, alterou substancialmente o artigo 53 da Lei n. 8.884/94.

A redação anterior à referida lei era:

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 de ilicitude da conduta analisada.

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

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

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

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

§ 2º O processo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso de cessação e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo respectivo.

§ 3º As condições do Termo de Compromisso poderão ser alteradas pelo CADE, se comprovada sua excessiva onerosidade para o representado e desde que não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade, e a nova situação não configure infração da ordem econômica.

§ 4º O compromisso de cessação constitui título executivo extrajudicial, ajuizando-se imediatamente sua execução em caso de descumprimento ou colocação de obstáculos à sua fiscalização, na forma prescrita no art. 60 e seguintes.

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

A nova redação do art. 53 da Lei n.º 8.884/94 preleciona:

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

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

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

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

III – a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11482.htm - art16

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

§ 3º A celebração do Termo de Compromisso poderá ser proposta até o início da sessão de julgamento do processo administrativo relativo à prática investigada.

§ 4º O termo de compromisso constitui título exclusivo extrajudicial.

§ 5º O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado se atendidas todas as condições estabelecidas no termo.

§ 6º A suspensão do processo administrativo a que se refere o § 5º deste artigo dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados.

§ 7º Declarado o descumprimento do compromisso, o CADE aplicará as sanções nele previstas e determinará o prosseguimento do processo administrativo e as demais medidas administrativas e judiciais cabíveis para sua execução.

§ 8º As condições do Termo de Compromisso poderão ser alteradas pelo CADE se comprovar sua excessiva onerosidade para o representado, desde que a alteração não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade.

§ 9º O CADE definirá, em resolução, normas complementares sobre cabimento, tempo e modo da celebração do Termo de Compromisso de cessação.

Diante do exposto, pode-se inferir que a lei que, anteriormente, vedava expressamente a aplicação dos TCCs aos casos de cartel, passou a permiti-los, em qualquer caso que esteja sob investigação – inclusive aqueles envolvendo cartéis.

Este aumento na abrangência da aplicação dos TCCs deve ser analisado com maior cautela, uma vez que entendemos que não houve um prévio estudo do mercado brasileiro, de uma forma geral, bem como da viabilidade do aumento desta abrangência na atual legislação concorrencial brasileira.

Conforme mencionado acima, todos os órgãos mundiais de defesa da concorrência têm a mesma opinião: o cartel é a mais nociva prática realizada pelas empresas no âmbito do direito concorrencial. Os lucros auferidos pelas empresas participantes do cartel são extremamente elevados, haja vista o dano causado no mercado, pela ausência de concorrência e, principalmente, à coletividade, titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei n.º 8.884/94.

A possibilidade de ser firmado o TCC nas condutas configuradas como cartéis diminui significativamente a força do Acordo de Leniência.

Um dos requisitos mais importantes para a existência de um acordo de leniência estável e forte é a determinação legal e a aplicação, pelos órgãos de defesa da concorrência, de altas multas pecuniárias impostas aos participantes do cartel.

Na União Européia, por exemplo, o Programa de Leniência está se tornando cada vez mais eficaz, haja vista a imposição de multas, cada vez mais severas a cada ano.

Quadro 05 – Multas impostas a Cartéis pela Corte de Julgamento da Comissão Européia nos últimos anos²¹

Ano	Multa em euros
2003	400.791.000
2004	368.753.100
2005	683.029.000
2006	1.846.385.500
2007	3.334.002.700
2008	66.985.500
Total	6.699.946.800

²¹ Cartels – EC – European Commission, 20 de abril de 2008. Disponível em: <http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>.

Constata-se que, a cada ano, ocorreu um significativo aumento das multas impostas pela União Europeia, o que evidenciou a força e a importância das políticas de leniência.

O acordo de leniência não tem como objetivo *apenas* acabar com o cartel, mas também puni-lo com o devido rigor e, acima de tudo, desencorajar a prática da conduta e encorajar que aqueles que participam do cartel colaborem com a realização da justiça e dos maiores valores do Estado Democrático de Direito.

A nova redação do art. 53, em seu parágrafo segundo, determina que, quando for firmado o TCC em relação às condutas previstas no art. 21 incisos I, II, III ou VIII da Lei n.º 8.884/94 (cartéis), a empresa deverá, obrigatoriamente, recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 23 da referida lei, *in verbis*:

Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I – no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável;

II – no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador.

III – no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente.

A mera apresentação da proposta do TCC, não suspende a tramitação do processo administrativo ou da averiguação preliminar, conforme art. 129, parágrafo único, da Resolução n.º 46 do CADE, de 04 de setembro de 2007.

Entretanto, o trâmite do TCC é extremamente rápido, pois o período de negociação entre o CADE e a empresa será de 30 (trinta) dias, contados

do despacho do Conselheiro Relator, sendo prorrogáveis, no máximo, por mais 30 (trinta) dias e, concluído o período de negociação, a versão final do compromisso será pautada em caráter de urgência pelo Conselheiro Relator para julgamento pelo Plenário do CADE, ou seja, após a apresentação do TCC, haja vista o curto lapso temporal até seu julgamento, será difícil verificar a vantagem auferida pela empresa na participação no cartel.

Assim, o CADE, caso o TCC seja firmado no início do processo administrativo, não disponibilizará de dados suficientes para quantificar a vantagem auferida pela empresa em sua participação no cartel. Não tendo estes dados, o CADE, provavelmente, irá estipular a multa mínima determinada no art. 23 da Lei n. 8.884/94, qual seja, um por cento do faturamento bruto do último exercício, excluídos os impostos, e, mesmo que o CADE disponha de alguns dados, provavelmente não terá, haja vista que o processo administrativo não terá sido finalizado, informações suficientes para impor uma multa de acordo com a vantagem auferida pela empresa em sua participação no cartel, como ocorre na União Européia e nos Estados Unidos da América.

A empresa, ao obter conhecimento de que o CADE e a SDE estão investigando um suposto cartel de que o mesmo é participante, irá ‘correr’ para firmar o TCC, para que o CADE não tenha acesso a informações suficientes para impor uma multa que não seja a mínima.

A multa, quando estipulada em seu valor mínimo, não inibe a empresa de participar do cartel, pois os lucros auferidos com a participação nesta prática serão maiores que a multa por ventura imposta em caso de ser firmado o TCC.

Conclusão

A possibilidade de ser firmado o TCC em condutas relacionadas a cartéis, poderá gerar um efeito indesejado, qual seja, o incentivo à cartelização do mercado brasileiro e todas as conseqüências macroeconômicas que disto possam advir.

Ademais, conforme já mencionado acima, a mera possibilidade da aplicação de uma multa de apenas um por cento do faturamento bruto do último exercício da empresa, enfraquece substancialmente o programa de leniência, que é considerado uma das ferramentas mais importantes no combate aos cartéis.

Contudo, é importante lembrar que a apresentação da proposta de compromisso de cessação não obriga o CADE a aceitá-la. A proposta poderá ser rejeitada quando do seu julgamento, sem possibilidade de contraproposta.

Não se pode olvidar, entretanto, que a Lei de Proteção à Concorrência brasileira ainda é muito recente, assim como a doutrina e a jurisprudência nacionais acerca deste assunto. O direito concorrencial brasileiro ainda está em fase de solidificação.

Toda e qualquer alteração legal deve ser encarada como uma *oportunidade* de adquirir essa experiência, ainda escassa. O que não se pode perder de vista é a necessidade de se fazer tais alterações com especial cautela, sem, jamais, perder de vista a valiosa contribuição dada pela legislação, doutrina e jurisprudência e dos Estados Unidos da América e, especialmente, da União Européia, ambos com sucesso mais que ratificado em matéria de Defesa da Concorrência em todo o mundo.

Relativamente à questão apresentada, a conduta tomada por ambos os ordenamentos jurídicos (europeu e norte-americano) foi a de *aumentar a pena imposta aos participantes do cartel e fortalecer o programa de leniência*. Optar por este caminho parece ser a mais adequada e contundente ação para combate eficaz dos cartéis.

Referências bibliográfias

- BRUNA, Sérgio Varella. *O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- COMISSÃO DA COMUNIDADE EUROPEIA. Glossary of Terms Used in EU Competition Policy – Antitrust and Control of Concentrations. European Commission. Brussels, 2002.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Básico da Língua Portuguesa Folha/Aurélio*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1995.
- FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de Proteção da Concorrência: Comentários à Legislação Antitruste*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. O Cartel. In: _____ (Org.). *O Cartel*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 15-80.

- MAZZUCATO, Paolo Zupo. Acordo de Leniência – A Política Econômica de Combate a Cartéis. 2004. p. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico). Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.
- MOREIRA, Eduardo Athayde de Souza; PEÑALOZA, Rodrigo. Programa de Leniência, Corrupção e o Papel da Corregedoria da Autoridade Antitruste. ANPEC. Departamento de Economia – Universidade de Brasília, 19 de junho de 2004, p. 4. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2004/artigos/A04A091.pdf>>.
- OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. 2a ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SANTOS, Paulo Márcio Reis. Análise do Cartel das Produtoras de Papelões na Comunidade Européia. In: FONSECA, João Bosco Leopoldino da (Org.). *O Cartel*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 145-78.
- SANTACRUZ, Ruy. Cartel na Lei Antitruste: O Caso da Indústria Brasileira de Aços Planos. In: MATTOS, César (Org.). *A Revolução do Antitruste no Brasil – A Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos*. São Paulo: Editora Singular, 2003, p. 415-34.
- SANTOS, Paulo Márcio Reis. Análise do Cartel das Produtoras de papelões na Comunidade Européia. In: FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *O Cartel: doutrina e estudo de casos*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 145-78.
- SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. O Acordo de Leniência: Avanço ou Precipitação? *Revista do IBRAC*, São Paulo, volume 8, número 2, p. 131-146, 2001.