

NOTAS SOBRE *STANDARDS* PROBATÓRIOS E VALORAÇÃO DAS PROVAS APRESENTADAS AO CADE POR COLABORADORES (BENEFICIÁRIOS DE ACORDO DE LENIÊNCIA E DE TERMO DE CESSAÇÃO DE CONDUTA)¹

NOTES ON STANDARDS OF PROOF AND EVALUATION OF PROOFS PRESENTED TO CADE BY COOPERATING PARTIES (BENEFICIARIES OF LENIENCY AGREEMENTS AND CEASE & DESIST AGREEMENTS)

*José Inacio Ferraz de Almeida Prado Filho*²

DOI [10.5281/zenodo.14522774](https://doi.org/10.5281/zenodo.14522774)

Resumo: O padrão probatório ganhou desdobramentos importantes na prática decisória recente do CADE, sem inovação drástica nos princípios jurídicos, porém vitalidade mais acentuada na análise concreta. Tal análise mais refletida parece confluir para: (i) impossibilidade de condenações apenas com elementos unilaterais de colaboradores, que dependerão de corroboração por fontes externas e independentes; (ii) provas diretas têm mais força e podem ser valoradas isoladamente, porém provas indiretas demandam mais cautela e devem ser apreciadas de forma conjunta e holística; e (iii) desconstituir provas diretas exige demonstração de não ocorrência do fato, mas desconstituir provas indiretas demanda apenas explicação alternativa razoável e plausível. Instrução válida e bem-feita é o caminho para trazer substância aos indícios apresentados pelos colaboradores; o saneamento, por exemplo, poderia ser mais bem aproveitado para corrigir discussões sanáveis e estabelecer concretamente as providências e o cronograma de instrução. Sem pretensão de esgotamento, merecem aprofundamentos: (i) peso muito grande dado ao relato dos colaboradores; (ii) interpretação do silêncio em provas não-unilaterais; (iii) aproveitamento de acordos de leniência estrangeiros. Além de se salvaguardar os benefícios dos colaboradores mesmo quando as provas ao final não sejam suficientes para condenação, termos de cessação de conduta poderiam ser empregados de maneira mais ativa, mediante chamamento dos investigados para negociação.

Palavras-chave: Padrão probatório; Acordo de Leniência; Termo de Cessação de Conduta.

Abstract: The standard of proof has seen significant developments in the recent decisional practice of CADE, without drastic innovation in legal principles but with a more pronounced

¹ Essas notas consistem em versão atualizada e ampliada do material que suportou a apresentação feita pelo autor no **30º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência do IBRAC**, em painel realizado em 07.11.2024 intitulado “*Standard probatório para condenação e valoração de provas apresentadas por colaboradores (leniência e TCC)*”, que contou com participação de Gustavo Augusto Freitas de Lima (Conselheiro do Tribunal Administrativo do CADE), Raquel Mazzuco (Coordenadora-Geral de Análise Antitruste da Superintendência-Geral do CADE), Cláudia Viegas (Diretora Sênior da Alvarez & Marsal) e Karen Ruback (sócia de Grinberg e Cordovil Advogados). O autor agradece ao IBRAC e aos demais painelistas pela oportunidade de discutir tema tão relevante, debate que aportou valiosas contribuições às pesquisas do autor. O autor agradece também a Maria Eduarda Genova e Luma Luz, que o ajudaram no aprofundamento de algumas pesquisas, na checagem de referências e na revisão do texto. Eventuais equívocos nesse artigo são de responsabilidade exclusiva do autor.

² Advogado e Economista. Bacharel em Direito (USP, 2003) e em Ciências Econômicas (FGV-EESP, 2008); Doutor em Direito Comercial (USP, 2012) com estudos de Pós-Doutorado em Direito Comercial (USP, 2021). Sócio do escritório BMA Advogados.

vitality in concrete analysis. Such a more thoughtful analysis appears to converge towards: (i) the impossibility of convictions based only on unilateral elements from collaborating parties, which depend on corroboration by external and independent sources; (ii) direct evidence holds more weight and can be valued in isolation, whereas indirect evidence requires more caution and should be assessed collectively and holistically; and (iii) countering direct evidence requires showing the non-occurrence of the fact, whereas countering indirect evidence only demands a reasonable and plausible alternative explanation. Valid and well-conducted fact-finding is the path to substantiate the elements presented by collaborators; for instance, the stage of resolving preliminary arguments could be better used to resolve remediable discussions and to concretely establish the tasks and timetable for fact-finding. Without the intention of being exhaustive, further discussion is warranted on: (i) considerable weight given to cooperating parties' report; (ii) interpretation of silence in non-unilateral evidence; (iii) using foreign leniency agreements. Additionally, safeguarding the benefits for cooperating parties even when the evidence ultimately proves insufficient for conviction, and cease & desist agreements could be used more actively by inviting the defendants for negotiation.

Keywords: Standard of proof; Leniency Agreement; Cease & Desist Agreement.

Sumário: 1 Introdução; 2 Teoria da corroboração na jurisprudência recente do CADE; 3 Standards probatórios sucessivos: assinatura do instrumento de colaboração vs. abertura de investigação vs. condenação; 4 Importância dos esforços de instrução: desdobramentos processuais-procedimentais; 5 Ramificações e desdobramentos de policy; 6 Conclusões; 7 Referências Bibliográficas.

1 Introdução

O precedente no *Caso de Aquecedores Solares*³ estabeleceu o posicionamento administrativo do CADE pela possibilidade de condenação por infração antitruste baseada *exclusivamente* em provas indiretas. Em que pese a necessidade de justificação das decisões condenatórias pelo CADE⁴, decorrência do sistema de livre convencimento motivado, é

³ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.001273/2010-24** (GEDEC-MP/SP vs. Astéria Incorporações e Construções Ltda., Aquecedor Solar Transsen Ltda., Tuma Instalações Térmicas Ltda., Associação Brasileira de Refrigeração, Ar Condicionado, Ventilação e Aquecimento - ABRAVA, Enalter Engenharia, Indústria e Comércio Ltda., Bosch Termotecnologia Ltda. (nova denominação da Heliotek Máquinas e Equipamentos Ltda.), Sol Tecnologia em Energias Renováveis e Obras Ltda. (nova denominação da Soletrol Tecnologia em Energias Renováveis e Obras Ltda.), José Ronaldo Kulb, Paulo Sérgio Ferrari Mazzon; Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior; j. 11.03.2015).

⁴ Cf. art. 50-II, da Lei 9.784/1999: “Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: [...] II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; [...] § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.”, aplicável ao processo sancionador do CADE por força do art. 115 da Lei 12.529/2011: “Art. 115. Aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativo e judicial previstos nesta Lei as disposições das Leis nºs 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, 7.347, de 24 de julho de 1985, 8.078, de 11 de setembro de 1990, e 9.784, de 29 de janeiro de 1999.”

inquestionável que o debate sobre provas indiretas tende a ser mais subjetivo do que sobre as provas diretas.

A discussão naturalmente evoluiu para se traçar melhor qual deveria ser o nível de robustez exigido nessas hipóteses, especialmente quando ausente demonstração direta, e ainda mais relevante nos casos que contam com investigados colaboradores (*i.e.*, beneficiários de acordos de leniência ou de termo de cessação de conduta), cujas contribuições muitas vezes vêm acompanhadas de evidências unilaterais (circunstância em que a discussão fica mais pronunciada). Traço essa evolução com base nos precedentes recentes mais importantes na seção II, como etapa prévia para o que se desenha no horizonte probatório: ao menos três *standards* sucessivos, para assinatura dos acordos de colaboração *vs.* abertura de investigações *vs.* condenação pela infração, tratado na seção III.

Esse quadro desafia perguntas sobre a instrução processual das investigações no CADE, de que trato na seção IV, ao que se segue análise exploratória sobre algumas possíveis ramificação processuais e de *policy* na seção V.

Conclusões impressionistas são apresentadas na seção VI. Resumidamente, elas indicam que os desdobramentos na prática decisória recente não trazem inovação drástica nos princípios jurídicos, mas sim renovações no preenchimento concreto dos testes jurídicos e, conseqüentemente, melhor aderência ao princípio *in dubio pro reo*; nota-se vitalidade mais acentuada na análise dos elementos concretos coligidos na investigação (especialmente as provas indiretas) e maior exigência do que é necessário para assegurar, com robustez, a conclusão de que o investigado participou da infração. Dessas ideias decorre a renovada importância da instrução processual, que é precisamente a maneira pela qual se poderá transformar os indícios que motivaram o início da investigação em provas materiais da infração.

2 Teoria da corroboração na jurisprudência recente do CADE

Cinco casos recentes trouxeram novidades importantes em matéria de *standard* probatório e dos requisitos que se espera sejam respeitados para reputar demonstrados os elementos apresentados por investigados colaboradores. Essas decisões se concentram entre os anos de 2023 e 2024, e confluem em torno de algumas ideias centrais: (i) impossibilidade de condenações com base apenas em relatos ou evidências unilaterais dos colaboradores, ainda quando cruzados entre vários deles, que dependerão de corroboração por fontes externas e independentes em relação a terceiros; (ii) provas diretas têm mais força e podem ser valoradas

isoladamente, mas as provas indiretas, por terem menor nível de certeza, demandam mais cautela e devem ser apreciadas de forma conjunta e holística; e (iii) enquanto a desconstituição de provas diretas exige demonstração de não ocorrência do fato, a desconstituição das provas indiretas demanda apenas a apresentação de explicação alternativa razoável e plausível.

No *Caso dos Sistemas Térmicos*⁵, o CADE confirmou o cumprimento do acordo de leniência e dos termos de cessação de conduta firmados por alguns dos investigados; mesmo confirmados os benefícios aos colaboradores, a maioria do Tribunal reputou insuficientes as provas para a condenação de alguns dos investigados.

Interessante é que dois membros (Conselheiros Sergio Ravagnani e Luís Braido) haviam votado pela suficiência das provas coligidas, porém a divergência aberta pelo Presidente Conselheiro Alexandre Cordeiro propôs mais cautela na valoração das evidências, concluindo pelo arquivamento, no que foi seguido pelos demais membros. Em resumo, a divergência frisou não haver óbice ao emprego de provas indiretas para a condenação de cartéis, porém elas devem ser robustas o suficiente e implicar, para além de dúvida razoável, o envolvimento individualizado do investigado⁶; é necessário ainda amparar os relatos de acordos de leniência e termos de cessação de conduta com lastro probatório adicional, notadamente elementos

⁵ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.010323/2012-78** (CADE *ex officio* vs. MAHLE Behr Gerenciamento Térmico Brasil Ltda. (atual denominação de Behr Brasil Ltda.); Denso do Brasil Ltda.; Denso Sistemas Térmicos do Brasil Ltda.; Modine do Brasil Sistemas Térmicos Ltda. (atual denominação de Radiadores Visconde Ltda.); Valeo S.A.; Valeo Sistemas Automotivos Ltda.; Valeo Sistemas Automotivos Ltda. – Divisão Climatização; Valeo Sistemas Automotivos Ltda. – Divisão Sistemas Modulares; Valeo Sistemas Automotivos Ltda. – Divisão Térmicos Motor; Valeo Sistemas Automotivos Ltda. – Divisão Valeo Service; Adalberto Penachio; Adriana Bueno de Camargo Motta; Carlo Chiarle; Carlos José Zilveti Arce Murillo; Christophe Michel; Emy Yanagizawa; Fernando Marcelo Bottura; Helida Ferreira Duarte; Manoel Feitosa Alencar Junior; Mario Tano; Max Davis Forte; Omar Cecchini Said; Paulo Benedito Arroyo; Paulo Shigueru Ninomiya; Pierre Alain Yves Le Marie D'Archemont; Rafael Galparin; Reginaldo Pereira Hermógenes; Renato Luís Barbi; Renato Vilches; Roberto João Dal Medico Junior; Samuel Barletta; Scott Lee Bowser; Sergio Gonzalez Noriega; Silvio Ricardo Valente Taboas e Yuri Daniel Pereira da Motta.; Relator Conselheiro Sergio Ravagnani; j. 08.03.2023).

⁶ Cf. voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro (§§ 15-7), voto do Conselheiro Luiz Hoffmann (§ 8), voto do Conselheiro Gustavo Augusto Freitas (§§ 10-3, 15-6 e 32), voto do Conselheiro Vitor Fernandes (§ 3, inclusive falando na necessidade de cautela quando inexistem provas diretas), e voto da Conselheira Lenisa Prado (§ 25 e 34). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.010323/2012-78** (CADE *ex officio* vs. MAHLE Behr Gerenciamento Térmico Brasil Ltda. (atual denominação de Behr Brasil Ltda.); Denso do Brasil Ltda.; Denso Sistemas Térmicos do Brasil Ltda. e outros; Relator Conselheiro Sergio Ravagnani; j. 08.03.2023).

externos e que não sejam puramente unilaterais⁷, ônus que recairia sobre o CADE⁸; independente desse ônus, a capacidade de os investigados apresentarem interpretação alternativa plausível e lícita para a conduta também teve impacto importante para o arquivamento⁹, bem como indeterminações ou incoerências no relato dos colaboradores¹⁰.

No *Caso dos Hidrômetros*¹¹, o CADE também confirmou o cumprimento do acordo de leniência e dos termos de cessação de conduta firmados por alguns investigados; mesmo confirmados os benefícios aos colaboradores, a unanimidade dos membros reputou insuficientes as provas para a condenação de alguns dos investigados.

⁷ Cf. voto do Presidente Conselheiro Alexandre Cordeiro (§§ 18-9, 30-3, 41, 80 e 93), voto do Conselheiro Luiz Hoffmann (§§ 8-11 e 15-8, falando inclusive sobre valoração sistemática do conjunto probatório indireto como um todo), voto do Conselheiro Gustavo Augusto Freitas (§§ 17-9, 21-3, 31-5, 43 e 48, falando também na valoração holística de todo o acervo probatório e características do mercado, bem como ainda frisando a limitação de testemunhos indiretos de pessoas que não presenciaram os fatos (*hearsay evidence*)), voto do Conselheiro Vitor Fernandes (§§ 4, 7, 11-2, 14 e 16-7, inclusive frisando a limitação de testemunhos indiretos ou *hearsay*), e voto da Conselheira Lenisa Prado (§23, 25 e 27). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.010323/2012-78** (CADE *ex officio* vs. MAHLE Behr Gerenciamento Térmico Brasil Ltda. (atual denominação de Behr Brasil Ltda.); Denso do Brasil Ltda.; Denso Sistemas Térmicos do Brasil Ltda. e outros; Relator Conselheiro Sergio Ravagnani; j. 08.03.2023).

⁸ Cf. voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro (§ 22). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.010323/2012-78** (CADE *ex officio* vs. MAHLE Behr Gerenciamento Térmico Brasil Ltda. (atual denominação de Behr Brasil Ltda.); Denso do Brasil Ltda.; Denso Sistemas Térmicos do Brasil Ltda. e outros; Relator Conselheiro Sergio Ravagnani; j. 08.03.2023).

⁹ Cf. voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro (§§ 34-5), voto do Conselheiro Luiz Hoffmann (§ 13), e voto do Conselheiro Vitor Fernandes (§§ 8-9, inclusive falando nas possíveis defesas exigidas: contra a prova direta, demonstração de não-ocorrência do fato, e contra a prova indireta, demonstração de explicação alternativa plausível). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.010323/2012-78** (CADE *ex officio* vs. MAHLE Behr Gerenciamento Térmico Brasil Ltda. (atual denominação de Behr Brasil Ltda.); Denso do Brasil Ltda.; Denso Sistemas Térmicos do Brasil Ltda. e outros; Relator Conselheiro Sergio Ravagnani; j. 08.03.2023).

¹⁰ Cf. voto do Conselheiro Gustavo Augusto Freitas (§ 42), e voto do Conselheiro Vitor Fernandes (§ 5). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.010323/2012-78** (CADE *ex officio* vs. MAHLE Behr Gerenciamento Térmico Brasil Ltda. (atual denominação de Behr Brasil Ltda.); Denso do Brasil Ltda.; Denso Sistemas Térmicos do Brasil Ltda. e outros; Relator Conselheiro Sergio Ravagnani; j. 08.03.2023).

¹¹ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.009165/2015-56** (CADE *ex officio* vs. Elster Medição de Água S/A, FAE Ferragens e Indústria de Hidrômetros S/A, Itron Soluções para Energia e Água Ltda./Accell Soluções para Energia e Água Ltda., LAO Indústria Ltda., Sappel do Brasil Ltda./Diehl Metering Indústria de Sistema de Medição Ltda., Sensus Metering Systems do Brasil Ltda., Saga Medição Ltda., Vector Sistemas de Medição Ltda., Adney Aparecido Costa Siqueira; André Bezerra Lima Carneiro, Antônio Fábio Andrade Santos, Cid Luiz Racca, Carlos Dehon Dias Lopes, Carlos Henrique Gomez Capps, Danilo Murta Coimbra, Emerson da Costa Rodrigues, Frazão Sergio Caixeta Gomes, José Antônio Cattani Xavier, Jose Geraldo de Almeida Junior, José Roberto Baptistella, Leonardo Cangussu Mendes, Luis Antônio Tinello, Luis Claudio Nogueira Rigolon, Luiz Tadeu Beraldo Teixeira, Marcos Antônio Kokol, Marcos Sérgio Sartori, Pedro Cyrillo Cardoso de Almeida, Renzo Rodrigues Sudario da Silva, Samuel Chagas Lee, Sebastião Ataíde Fonseca, Sylvain Brogle e Valdir Iannelli; Relator Conselheiro Vitor Fernandes, j. 07.02.2024). Vale destacar que houve considerações sobre o uso de aditivos a acordos de leniência, em particular sobre possíveis questões quando tais aditivos sejam incongruentes com o relato original, o que poderia suscitar discussões sobre a correção do primeiro relato, ou sobre o atendimento do requisito de conveniência e oportunidade nesse documento adicional (cf. Voto do Conselheiro Carlos Augusto Freitas (§§ 3-7, 26, 38-9 e 45-7)).

O Conselheiro Vitor Fernandes elabora em mais profundidade sobre a *Regra de Corroboração*, segundo a qual a acusação deve ser confirmada por outras fontes de prova, algo que poderia ser interpretado como espécie de exceção à liberdade de apreciação pelo decisor; esclarece que caberá à prática decisória buscar o “*adensamento dos critérios de atribuição de credibilidade aos elementos corroborativos*”, já que “*não é possível definir antecipadamente e de forma universal quais tipos de provas são consideradas suficientes para afiançar as palavras dos colaboradores*”¹². Comenta ainda sobre a gradualidade (e proporcionalidade inversa) dos esforços de corroboração necessários conforme a confiabilidade das evidências: quanto menos confiáveis, maior será a necessidade de sua corroboração¹³. Ao aprofundar os parâmetros desse adensamento, frisa que se deve avaliar o contexto das declarações dos colaboradores, cujos relatos unilaterais não são suficientes para condenação e exigem corroboração por evidências externas confiáveis¹⁴. Propõem alguns critérios já estabilizados na literatura processual-penal que poderiam ser aplicadas pelo CADE: (i) *conformidade das evidências com o relato do colaborador*, em que a coerência e precisão do relato devem ser consideradas para avaliar a força corroborativa dos documentos unilaterais; (ii) *independência*, no sentido que a evidência corroborativa deve provir de fonte distinta e independente, externa ao elemento que ela propõe corroborar; e (iii) *auxílio na demonstração de ponto controvertido*, no sentido que a evidência corroborativa deve se dirigir a questão específica que é contestada.¹⁵

Demais discussões no *Caso dos Hidrômetros* frisaram a necessidade de cautela no uso de provas indiretas, e a importância de balizas para essa valoração, mas sem dispensar a análise da conduta quando se conte apenas com provas indiretas, que são suficientes para a condenação

¹² Cf. voto do Conselheiro Vitor Fernandes (§§ 137-140). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.009165/2015-56** (CADE *ex officio* vs. Elster Medição de Água S/A, FAE Ferragens e Indústria de Hidrômetros S/A, Itron Soluções para Energia e Água Ltda. e outros; Relator Conselheiro Vitor Fernandes, j. 07.02.2024).

¹³ Cf. voto do Conselheiro Vitor Fernandes (§§ 142-3). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.009165/2015-56** (CADE *ex officio* vs. Elster Medição de Água S/A, FAE Ferragens e Indústria de Hidrômetros S/A, Itron Soluções para Energia e Água Ltda. e outros; Relator Conselheiro Vitor Fernandes, j. 07.02.2024).

¹⁴ Cf. voto do Conselheiro Vitor Fernandes (§§ 141, 148-51). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.009165/2015-56** (CADE *ex officio* vs. Elster Medição de Água S/A, FAE Ferragens e Indústria de Hidrômetros S/A, Itron Soluções para Energia e Água Ltda. e outros; Relator Conselheiro Vitor Fernandes, j. 07.02.2024).

¹⁵ Cf. voto do Conselheiro Vitor Fernandes (§§ 156-9). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.009165/2015-56** (CADE *ex officio* vs. Elster Medição de Água S/A, FAE Ferragens e Indústria de Hidrômetros S/A, Itron Soluções para Energia e Água Ltda. e outros; Relator Conselheiro Vitor Fernandes, j. 07.02.2024).

quando robustas¹⁶. Explicações alternativas válidas para a conduta surgiram novamente como elementos relevantes e que poderiam suscitar dúvida razoável sobre a prova indireta.¹⁷

No *Caso PAC Favelas*¹⁸, surgiu novamente divergência sobre o padrão probatório suficiente para a condenação, com a maioria exigindo maior robustez em relação a alguns investigados: dois membros (Conselheiros Sergio Ravagnani e Lenisa Prado) haviam votado pela suficiência das provas coligidas, porém a divergência aberta pelo Presidente Conselheiro Alexandre Cordeiro propôs mais cautela na valoração, no que foi seguido pelos demais; o CADE também confirmou o cumprimento do acordo de leniência e não apontou questões em relação à obrigação de colaboração prevista nos termos de cessação de prática firmados por alguns investigados, embora tenha havido descumprimento de obrigações de pagamento. Em resumo, a divergência frisou não haver óbice ao emprego de provas indiretas para a condenação de cartéis, porém devem ser robustas o suficiente e implicar, para além de dúvida razoável, o envolvimento individualizado do investigado¹⁹; relatos provenientes de acordos de leniência e termos de cessação de conduta não ensejam condenação direta e devem ser corroborados com

¹⁶ Cf. voto do Conselheiro Carlos Jaques (§§ 5-6, e 9-11). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.009165/2015-56** (CADE *ex officio* vs. Elster Medição de Água S/A, FAE Ferragens e Indústria de Hidrômetros S/A, Itron Soluções para Energia e Água Ltda. e outros; Relator Conselheiro Vitor Fernandes, j. 07.02.2024).

¹⁷ Cf. voto do Conselheiro Carlos Augusto Freitas (§§ 13-15). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.009165/2015-56** (CADE *ex officio* vs. Elster Medição de Água S/A, FAE Ferragens e Indústria de Hidrômetros S/A, Itron Soluções para Energia e Água Ltda. e outros; Relator Conselheiro Vitor Fernandes, j. 07.02.2024).

¹⁸ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.007776/2016-41** (CADE *ex officio* vs. Andrade Gutierrez Engenharia S.A. (nova denominação social de Construtora Andrade Gutierrez S.A.), Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A., EIT – Empresa Industrial e Técnica S.A., Camter Construções e Empreendimentos S.A., Construtora Norberto Odebrecht S.A., Delta Construções S.A., Construtora OAS S.A., Álya Construtora S.A. (atual denominação social de Construtora Queiroz Galvão S.A.), Carioca Christiani-Nielsen Engenharia S.A., Caenge S.A. Construção, Administração e Engenharia, em recuperação judicial; Alberto Quintaes, Benedicto Barbosa da Silva Júnior, Gustavo Souza, João Marcos de Almeida da Fonseca, José Gilmar Francisco de Santana, Juarez Miranda Júnior, Karine Karaoglan Houry Ribeiro, Marcelo Duarte Ribeiro, Marcos Vidigal do Amaral, Maurício Rizzo, Olavinho Ferreira Mendes, Paulo César Almeida Cabral, Paulo Meriade Duarte, Roque Manoel Meliande. Relator Conselheiro Sergio Ravagnani, j. 17.04.2024).

¹⁹ Cf. voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro (§§ 154-6). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.007776/2016-41** (CADE *ex officio* vs. Andrade Gutierrez Engenharia S.A. (nova denominação social de Construtora Andrade Gutierrez S.A.), Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A., EIT – Empresa Industrial e Técnica S.A. e outros; Relator Conselheiro Sergio Ravagnani; j. 17.04.2024).

lastro probatório adicional²⁰; os investigados apresentarem interpretação alternativa plausível e lícita para a conduta também teve impacto na valoração dos elementos probatórios.²¹

No *Caso de Órteses, Próteses e Materiais Médicos Especiais – OPME*²², em paralelo com alguns arquivamentos por falta de provas decididos por unanimidade e a confirmação do cumprimento dos termos de cessação de conduta firmados por alguns investigados, a divergência a exigir maior robustez em relação a determinados investigados restou vencida.

A Conselheira Lenisa Prado acompanhou a posição da Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE sem voto escrito, mas o Conselheiro Gustavo Augusto Freitas apresentou voto vogal onde esclarece que apenas o relato do colaborador não é suficiente e precisa de provas independentes de corroboração, ainda quando as evidências corroborativas se limitem a provas indiretas, que devem ser avaliadas no seu conjunto como também em termos individuais²³; ele consigna que a prova indireta econômica pode ter “*alto grau de certeza no processo de convencimento*”, sendo denominada como tal naquele caso a inferência estatisticamente robusta de que os resultados não eram casuais mas tinham alto grau de probabilidade de decorrer da conduta investigada, especialmente quando repetidos²⁴; ainda,

²⁰ Cf. voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro (§§ 159-60), voto do Conselheiro Gustavo Augusto Freitas (§§ 52-4, inclusive frisando a prova econômica indireta em corroboração de determinados aspectos da conduta na situação concreta dos autos). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.007776/2016-41** (CADE *ex officio* vs. Andrade Gutierrez Engenharia S.A. (nova denominação social de Construtora Andrade Gutierrez S.A.), Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A., EIT – Empresa Industrial e Técnica S.A. e outros; Relator Conselheiro Sergio Ravagnani; j. 17.04.2024).

²¹ Cf. voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro (§§ 230-1). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.007776/2016-41** (CADE *ex officio* vs. Andrade Gutierrez Engenharia S.A. (nova denominação social de Construtora Andrade Gutierrez S.A.), Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A., EIT – Empresa Industrial e Técnica S.A. e outros; Relator Conselheiro Sergio Ravagnani; j. 17.04.2024).

²² BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.003699/2017-31** (CADE *ex officio* vs. Ana Maria Ragonese, Associação Brasileira da Indústria de Alta Tecnologia de Produtos para Saúde - Abimed, Associação Brasileira da Indústria de Artigos e equipamentos Médicos, Odontológicos, Hospitalares e de Laboratórios -Abimo, Biotronik Comercial Medica Ltda., Boston Scientific Do Brasil Ltda, Carlos Alberto Pereira Goulart, Cicero Tiago Sobral Melo, Claudio Joaquim Roque, Daniel Eugenio Dos Santos, David Martin Markham Neale, Dirceo Luiz Stona, Eduardo Morani de Araujo, Elcio Allegretti, Fernanda Andrade Ferreira, Fernando Alfredo Gonzalez Rosenqvist, Flavio Lucio Roberto de Aquino, Glauco Ulisses de Oliveira, Gustavo Weidle, Joao Sergio Moreira, Jose Marcelino Battistini, Karine Sales Goncalves, Kurt Kaninski, Maria Laura Galainena, Medtronic Comercial Ltda, Milena Carvalho Borges Bergamin, Milton Munhoz, Oscar Costa Porto, Pedro Luiz Serafim, Ricardo Galvao Sande e Oliveira, Ricardo Mendonça Da Silva, Ricardo Portilho Pettena, Ronaldo Pupkin Pitta, St Jude Medical Brasil Ltda, Tadeu Aparecido De Faria, Walter Luis Furia de Souza, Wilson Martins Junior e Zolmo de Oliveira Junior; Relator Conselheiro Luis Braidó, j. 22.05.2024).

²³ Cf. voto do Conselheiro Gustavo Augusto Freitas (§§ 78 e 80). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.003699/2017-31** (CADE *ex officio* vs. Ana Maria Ragonese, Associação Brasileira da Indústria de Alta Tecnologia de Produtos para Saúde - Abimed, Associação Brasileira da Indústria de Artigos e equipamentos Médicos, Odontológicos, Hospitalares e de Laboratórios -Abimoe outros; Relator Conselheiro Luis Braidó, j. 22.05.2024).

²⁴ Cf. voto do Conselheiro Gustavo Augusto Freitas (§§ 72-8, 80 e 85). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.003699/2017-31** (CADE *ex officio* vs. Ana Maria

considera que a conduta de certos investigados deveria ser avaliada sob a regra da razão, o que indica que sua divergência congregava mais do que apenas a corroboração dos fatos em discussão, e contemplava também a natureza e forma de análise da prática investigada.²⁵

Interessante que, a despeito da divergência *in concreto* sobre a suficiência das evidências, não parece haver discrepância nos princípios jurídicos gerais, uma vez que alguns dos votos vencedores suscitam igualmente a questão da força probante de provas indiretas, menor que das diretas e que devem ser valoradas de maneira conjunta e com cautela, indicando ser necessário conformidade dessas provas indiretas com o relato do colaborador, externalidade e independência face ao relato que ela pretende corroborar, e auxílio na resolução de ponto controvertido²⁶; comenta-se também que é possível inferir a ilicitude de forma holística do conjunto probatório quando desprovido de explicação alternativa plausível²⁷.

Sem menosprezar as discussões trazidas nesse conjunto de casos, algumas dessas diretrizes jurídicas já constavam no *Guia para Recomendações Probatórias para Proposta de Acordo de Leniência com o CADE*, que listava como não suficiente, quando isoladamente (*i.e.*, sem corroboração de outras provas diretas ou circunstanciais): (i) documentos ou relatos unilaterais (relatos, anotações e comunicações internas de apenas uma das partes, especialmente quando o colaborador); (ii) comportamentos similares puros; (iii) registro de ligações telefônicas sem demonstração do conteúdo das conversas; (iv) menção em comunicações de terceiros; (v) documento sem demonstração de autoria ou data; (vi) participação em e-mail como copiado, ou como destinatário mas sem resposta, para cuja avaliação ainda se deveria

Ragonese, Associação Brasileira da Indústria de Alta Tecnologia de Produtos para Saúde - Abimed, Associação Brasileira da Indústria de Artigos e Equipamentos Médicos, Odontológicos, Hospitalares e de Laboratórios - Abimoe outros; Relator Conselheiro Luis Braidó, j. 22.05.2024). Sobre a prova econômica, vale destacar o § 80 do voto (sem destaques no original): “*No presente caso, a prova econômica consiste na constatação de simetrias de valores de lances para itens licitados em pregões, bem como na verificação de cotas igualmente simétricas atribuídas aos participantes do conluio na contabilização de contratos resultantes de processos licitatórios. No caso concreto, tais semelhanças ultrapassaram os limites plausíveis da mera coincidência.*”.

²⁵ Cf. voto do Conselheiro Gustavo Augusto Freitas (§§ 100, 103, 106, 109-12 e 117). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.003699/2017-31** (CADE *ex officio* vs. Ana Maria Ragonese, Associação Brasileira da Indústria de Alta Tecnologia de Produtos para Saúde - Abimed, Associação Brasileira da Indústria de Artigos e Equipamentos Médicos, Odontológicos, Hospitalares e de Laboratórios - Abimoe outros; Relator Conselheiro Luis Braidó, j. 22.05.2024).

²⁶ Cf. voto do Conselheiro Vitor Fernandes (§§ 17-8, 21-2, 26-8, 51-2 e 55) e voto da Conselheira Camila Pires (§ 7). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.003699/2017-31** (CADE *ex officio* vs. Ana Maria Ragonese, Associação Brasileira da Indústria de Alta Tecnologia de Produtos para Saúde - Abimed, Associação Brasileira da Indústria de Artigos e Equipamentos Médicos, Odontológicos, Hospitalares e de Laboratórios - Abimoe outros; Relator Conselheiro Luis Braidó, j. 22.05.2024).

²⁷ Cf. voto do Conselheiro Vitor Fernandes (§§ 55 e 58). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.003699/2017-31** (CADE *ex officio* vs. Ana Maria Ragonese, Associação Brasileira da Indústria de Alta Tecnologia de Produtos para Saúde - Abimed, Associação Brasileira da Indústria de Artigos e Equipamentos Médicos, Odontológicos, Hospitalares e de Laboratórios - Abimoe outros; Relator Conselheiro Luis Braidó, j. 22.05.2024).

considerar o cargo da pessoa; (vii) agendamento de reunião, ou menções a reuniões em comunicações, sem a possibilidade de inferir o seu conteúdo ilícito; (viii) mero relato em denúncia anônima.²⁸ Esse mesmo *Guia para Recomendações Probatórias para Proposta de Acordo de Leniência com o CADE* cita precedentes anteriores a sustentarem essas suas diretrizes.

Por mais que o tema tenha ganho evidência mais intensa a partir dos cinco casos recentes aqui descritos, esses mesmos casos remetem a decisões anteriores do CADE que já haviam estabelecido princípios jurídicos similares como linha de interpretação²⁹. Portanto, *não*

²⁸ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia para Recomendações Probatórias para Proposta de Acordo de Leniência com o CADE**, item 4.6, pp. 31-3.

²⁹ Cf. voto do Presidente Alexandre Cordeiro Macedo (§§ 6, 7, 8 e 9). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.001094/2016-24** (CADE *ex officio* vs. Companhia Sud Americana de Vapores S.A.; Eukor Car Carriers Inc.; Grimaldi Group SpA; Hoegh Autoliners Holdings AS; Kawasaki Kisen Kaisha; Mitsui O.S.K. Lines; Nippon Yusen Kaisha; Nissan Motor Car Carriers Co, Ltd; Wallenius Wilhelmsen Logistics; Akio Oe; Alberto Feres Lama; Anzu Takahashi; Asbjorn Loken; Atsushi Matsumoto; Borre Mathisen; Carl Johan Hagman; Christen Schereuder; Cristóbal Rollán; David R. Minetti; D. W. Choi; Erick Purks; Fabio Mello; Fujio Yamagata; Geir M. Berger; Han W. Cho; Helder Filomeno do S. Malaguerra; Hideki Matsumoto; Hideki Nakai; Hideki Suzuki; Hiromichi Takezaki; Hiroshi Kawamura; Hiroshi Kubota; Hiroto Ushioku; Hiroyuki Fukumoto; Ichiro Osako; Ingar Skiaker; J. C. Lim; Johan Mattsson; John Edward Grbic; John Patrick Ronan; Jostein Bomstad; Junji Muraoka; Kai Kraass; Katsumi Nagata; Keishin Watanabe; Kentaro Tsuji; Koji Wada; Konosuke Suzuki; Lidia Almeida; Masahiro Kato; Masato Oida; Masaya Futakuchi; Maurício Garrido Garcia; Michimasa Noda; Miguel Malaguerra; Milivoj Milosevic; Mitsuhiro Iwata; Mitsuoki Moriya; Noriko Fujita; Norio Abe; Osamu Ikehara; Pablo Sepúlveda Berrios; Rudolf H. Luttmann; Santiago Bielenberg Vásquez; Satoshi Yamaguchi; Seong-Hwan Oh; Shigeru Tsuneda; Shin Miyawaki; Shunichi Kusunose; Stig A. Hagen; Susumu Tanaka; Tadanoo Matsudaira; Takahiko Aoki; Takashi Ito; Takashi Kawamura; Takashi Kurauchi; Takashi Yamaguchi; Takenori Igarashi; Tomohito Ohtsu; Toru Otda; Toshitaka Shishido; Tsuyoshi Ono; Uehara Hiroshi; Yasuhiro Noguchi; Yoshiyuki Aoki; Yusuke Sasada; Yutaka Hinoaka; Yutaka Ikeda e Yutaka Nishino; Relator Conselheiro Luís Henrique Bertolino Braido, j. 24.05.2022). Voto do Conselheiro Victor Oliveira Fernandes (§§ 6, 7, 8, 9, 10 e 11). Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.000269/2018-48** (16ª Vara da Justiça Federal no Ceará vs. Cícero Joaquim Alves, Francisco Adiones Saraiva Alves, Cássia Rejane Leite de Souza, Ivan Figueroa Pontes, Hugo Figueroa Pontes, Cícero Wagner da Silva Brito, Lyndon Johnson de Medeiros Costa, Construtora J. Filho Ltda., Construtora ASP Ltda., Nova Construtora Ltda., CAENGE - Cariri Engenharia Ltda., Brito Construções Ltda., Construtora e Empreendimentos São Bento; Relator Conselheiro Gustavo Augusto de Lima, j. 23.05.2023). Voto do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia (§§ 15, 16, 17 e 18). Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.006667/2009-35** (SDE *ex-officio* vs. Cial Comércio e Indústria de Alimentos Ltda.; Comissária Aérea Rio de Janeiro Ltda.; Cor e Sabor Distribuidora de Alimentos Ltda.; Denjud Refeições Coletivas Adm. e Serviços Ltda.; Faculdade do Sabor Refeições Ltda.; Guelli Comércio e Indústria de Alimentação Ltda.; Hambre Distribuidora de Alimentos Ltda.; Home Bread Indústria e Comércio Ltda.; Maria Natália de Souza Alves Ltda. (Real Food); Masan Comercial Distribuidora Ltda.; Mendes dos Santos Sup. e Serviços Ltda.; MMW Irmãos Alimentos Ltda.; Norsul Catering Ltda.; Nutryenerge Refeições Industriais Ltda.; O Universitário Restaurante Industrial Ltda.; Padre da Posse Restaurante Ltda. e Premier Comércio de Alimentos Ltda.; Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, j. 22.02.2019). Voto do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira (§§ 9, 11, 12 e 13). Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.009382/2010-90** (Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF) vs. Afirma Consultoria e Projetos de Engenharia Ltda.; Associação Paranaense de Empresários de Obras Públicas (APEOP); CESBE S.A. Engenharia e Empreendimentos; Construtora Brasileira e Mineradora Ltda. (CBEMI); Construtora Estrutural Ltda.; Construtora Triunfo S.A.; De Amorim Construtora de Obras Ltda.; Delta Construções S.A.; EMPO – Empresa Curitibana de Saneamento e Construção Civil Ltda.; Feg Engenharia de Obras Ltda.; Gaisler Moreira Engenharia Civil Ltda.; Marc Construtora de Obras Ltda.; Redram Construtora de Obras Ltda.; Carlos Henrique Machado; Cláudio Bidóia; Emerson Gava; Fernando Afonso Gaisler Moreira; Gilberto Piva; Juarez Nassur

se pode dizer que tenha havido inovação drástica ou quebra significativa de tendência no plano jurídico-principiológico. Mas certamente há novidades: os casos recentes deram visibilidade mais clara e assertiva a padrões que já vinham se delineando há certo tempo na prática decisória do CADE, e mais importante, parecem ter *elevado o nível concreto a ser exigido de provas indiretas antes que se possa concluir pela existência de violação.* Trata-se de exigir maior robustez no raciocínio de inferência que sustenta a condenação quando não existem provas diretas, e por consequência, maior aderência concreta ao princípio *in dubio pro reo*.

3 Standards Probatórios Sucessivos: assinatura do instrumento de colaboração vs. abertura de investigação vs. condenação

As discussões da seção anterior frisam a clara diferença que entre os elementos que motivam a abertura da investigação (*indícios*) e aqueles para condenar alguém por infração antitruste (*provas*). É o que decorre da leitura sistemática dos arts. 13-III/IV³⁰ e 66, §1^o³¹, da Lei 12.529/11, que atribuem competência para a Superintendência-Geral autuar inquérito administrativo quando os indícios não forem suficientes para abertura de processo administrativo, bem como dos arts. 9-II³² e 79, *caput* e inc. I³³, da Lei 12.529/11, a exigirem do Tribunal Administrativo do CADE especificação dos fatos que constituíram a infração e fundamentação da sua decisão pela existência de violação.

Discussão menos usual surgiu no *Caso PROSAMIM*³⁴, que colocou em evidência terceiro marco, dos elementos a suportarem a assinatura do instrumento de colaboração: o caso fora iniciado mediante assinatura de acordo de leniência e motivara instauração de inquérito

Cordeiro; Mário Henrique Furtado de Andrade; Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, j. 21.08.2017).

³⁰ Lei 12.529/2011: “Art. 13. *Compete à Superintendência-Geral: [...] III - promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; IV - decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos do inquérito administrativo ou de seu procedimento preparatório*”.

³¹ Lei 12.529/2011: “Art. 66. § 1º *O inquérito administrativo será instaurado de ofício ou em face de representação fundamentada de qualquer interessado, ou em decorrência de peças de informação, quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a instauração de processo administrativo.*”

³² Lei 12.529/2011: “Art. 9º *Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: [...] II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;*”

³³ Lei 12.529/2011: “Art. 79. *A decisão do Tribunal, que em qualquer hipótese será fundamentada, quando for pela existência de infração da ordem econômica, conterà: I - especificação dos fatos que constituam a infração apurada e a indicação das providências a serem tomadas pelos responsáveis para fazê-la cessar; [...]*”

³⁴ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Inquérito Administrativo nº 08700.003510/2021-96** (CADE *ex officio* vs. Andrade Gutierrez Engenharia S.A., CCI Construções Ltda., Construcap CCPS Engenharia e Comércio S.A., Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A., Construtora Queiroz Galvão S.A. e Estacon Engenharia S.A.; em curso perante a Superintendência Geral.

administrativo, que restou integralmente arquivado pela Superintendência-Geral³⁵ com ateste de cumprimento do acordo de leniência e recomendação de concessão dos benefícios aos seus signatários³⁶.

O caso foi avocado pelo Tribunal Administrativo do CADE³⁷, cuja análise confirmou a insuficiência dos indícios contra determinados investigados sequer para a abertura de processo administrativo, porém reputou-os suficiente em relação a outros³⁸. Interessante ainda que a decisão consigna que mesmo que o acordo de leniência cumpra os requisitos legais, ele “*não necessariamente levará algum representado à condenação*”, na medida em que “*a mera declaração do beneficiário não pode ser o único fundamento para uma eventual condenação [...] o Histórico de Conduta deve vir acompanhado de documentos que comprovem o quanto alegado pelos Lenientes (art. 86, inciso II, da Lei nº 12.529/2011). Além disso, a autoridade poderá apurar a conduta noticiada por outros meios de investigação*”³⁹.

A decisão indica no mesmo sentido de cautela para a análise do acervo probatório, especialmente os documentos unilaterais provenientes de colaboradores; aponta também para a necessidade de instrução a fins de corroboração adicional dos indícios de infração para conformá-los em provas. Ademais, a confirmação dos benefícios aos signatários da leniência mesmo na insuficiência de indícios para processar alguns acusados parece correta; ela implica reconhecimento de outro *standard*, menos exigente que os indícios para abertura de processo administrativo, mas ainda assim apto a de assegurar a assinatura de acordo de leniência (presentes, naturalmente, os outros requisitos legais).⁴⁰

³⁵ Cf. Nota Técnica nº 98/2023/CGAA8/SGA2/SG/CADE, de 11.10.2023, e Despacho SG Arquivamento Inquérito Administrativo nº 29/2023, de 11.10.2023 (DOU de 16.10.2023).

³⁶ Cf. Nota Técnica nº 101/2023/CGAA8/SGA2/SG/CADE, de 25.10.2023 e Despacho SG nº 1430/2023, de 25.10.2023 (DOU de 26.10.2023).

³⁷ Cf. Despacho Decisório nº 38/2023/GAB3/CADE, de 24.10.2023, homologado em 25.10.2023, na 222ª Sessão Ordinária de Julgamento.

³⁸ Cf. voto do Conselheiro Gustavo Augusto Freitas (§§ 35-8, 42-4, 55 e 63 sobre o arquivamento, e §§ 45, 64 e 115, sobre a abertura de processo administrativo; os benefícios do acordo de leniência são confirmados no § 140), voto do Conselheiro Carlos Jaques (§16-8, sobre o arquivamento, retomando as discussões sobre rigor de análise nos casos sem provas diretas, e § 19 sobre abertura de processo administrativo). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Inquérito Administrativo nº 08700.003510/2021-96 (CADE *ex officio* vs. Andrade Gutierrez Engenharia S.A., CCI Construções Ltda., Construcap CCPS Engenharia e Comércio S.A. e outros; em curso perante a Superintendência Geral).

³⁹ Cf. voto do Conselheiro Carlos Jaques (§12-3). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Inquérito Administrativo nº 08700.003510/2021-96 (CADE *ex officio* vs. Andrade Gutierrez Engenharia S.A., CCI Construções Ltda., Construcap CCPS Engenharia e Comércio S.A. e outros; em curso perante a Superintendência Geral).

⁴⁰ Teria ainda havido outros dois casos em que ocorreu a mesma situação de assinatura de acordo de leniência com posterior arquivamento, mantidos os benefícios ao colaborador: Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Inquérito Administrativo nº 08700.010322/2012-23 (CADE *ex officio* vs. Kostal Eletromecânica Ltda., Valeo S.A.; Valeo Sistemas Automotivos Ltda.; Valeo Sistemas Automotivos Ltda e outros; Relator Conselheiro João

Realmente, a assinatura só pode ocorrer se não houver nos autos provas suficientes para a condenação do interessado, nos termos do art. 86, §1º-III e §2º⁴¹, da Lei 12.529/2011; mas considerando-se o acordo de leniência como meios de prova (e não prova em si mesmo), é natural que a colaboração mencionada no *caput* e incs. I e II do mesmo art. 86⁴² (identificação dos envolvidos, e informações e documentos a comprovarem a infração noticiada) poderia perfeitamente ser menos robusta do que o necessário para abertura de processo administrativo; caberia a pertinente avaliação de conveniência e oportunidade à própria Superintendência-Geral e, a depender do nível dos indícios coligidos, sua correspondente obrigação de iniciar a investigação como inquérito administrativo.

Tal não exclui do Tribunal Administrativo do CADE a competência para verificar o adimplemento do acordo, nos termos do art. 86, §4º⁴³, da Lei 12.529/2011, o que não significa

Paulo de Resende, j. 13.12.2017); Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Inquérito Administrativo nº 08700.010319/2012-18** (CADE *ex officio* vs. Indústrias Arteb S.A., Valeo S.A., Valeo Sistemas Automotivos Ltda., Valeo Sistemas Automotivos Ltda - Divisão Iluminação, Valeo Sistemas Automotivos Ltda - Divisão Valeo Service e outros; Relator Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. 13.12.2017). Ambos têm informações gerais sobre as partes investigadas disponíveis nas pautas de julgamento publicadas e são reportados como contemplando assinatura de acordo de leniência com posterior arquivamento por Amanda Athayde e Isabella Accioly, “The antitrust leniency program and its spillovers on other leniency programs in Brazil” in **Revista de Derecho Administrativo – CDA**, 21, 2022, p. 325: “It is worth noting that a possible decision by Cade’s Tribunal for filing an Administrative Proceeding initiated by a Leniency Agreement due to insufficient evidence does not necessarily mean noncompliance with the cooperation requirement by the undertakings. In this sense, a discussion held by the Administrative Tribunal at the end of 2017 is mentioned, when the filing of two investigations initiated from a Leniency Agreement in the auto parts market was decided by the Counselors, but the benefits of the Leniency Agreement were confirmed, resulting in the extinction of possible punishment of the undertakings”. Contida nesse trecho, nota e rodapé n.º 12 do artigo de Amanda Athayde e Isabella Accioly traz a referência aos dois casos citados: “CADE. Administrative Inquiry n. 08700.010322/2012-23. Reporting Counselor: João Paulo de Resende. Judged in Dec. 2017; CADE. Administrative Inquiry n. 08700.010319/2012-18. Reporting Counselor: Paulo Burnier da Silveira. Judged in Dec. 2017”).

⁴¹ Lei 12.529/2011: “Art. 86 § 1º O acordo de que trata o caput deste artigo [acordo de leniência] somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento. § 2º Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1º deste artigo”

⁴² Lei 12.529/2011: “Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (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: I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.”

⁴³ Lei 12.529/2011: “Art. 86, § 4º Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo: I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou II - nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.”

revisitar o julgamento que motivou a Superintendência-Geral quando da assinatura, nem muito menos imputar essa insuficiência de provas aos beneficiários de boa-fé. Talvez a única implicação dessa situação ocorreria nas hipóteses de leniência parcial (e leniência *plus*), se a insuficiência dos indícios seja levada em consideração sob a rubrica “efetividade da colaboração” prevista no art. 86, §4º-II, da Lei 12.529/2011, a fim de fixar a redução da pena dentro da faixa legal; há apenas que considerar potenciais ramificações de *policy*, especialmente quando o beneficiário de boa-fé possa acabar em situação pior do que os investigados que não cooperaram ou cooperaram mediante termo de cessação de conduta; talvez índice melhor para essa avaliação seja a boa-fé do beneficiário e sua disponibilidade para colaborar durante a investigação com os elementos que tenha disponíveis, critério que é diretamente oponível ao beneficiário.

Guardadas as devidas diferenças, as mesmas considerações se deveriam aplicar aos termos de cessação de conduta que contenham obrigações de colaboração, cujo limiar para aceitação igualmente poderia ser menos exigente. Talvez a maior diferença resida no fato de que este instrumento já é diretamente aprovado pelo Tribunal Administrativo do CADE antes de sua assinatura, nos termos dos arts. 9º-V⁴⁴ e 10-VII⁴⁵ da Lei 12.529/2011, fatorando a discussão sobre o nível de colaboração dentro do processo de negociação, e inclusive com diretrizes detalhadas do *Guia: Termo de Compromisso de Cessação para Casos de Cartel*⁴⁶ sobre o cômputo do nível de colaboração na definição mais precisa do desconto a ser concedido ao beneficiário.

4 Importância dos esforços de instrução: desdobramentos processuais-procedimentais

Parece bem estabelecido haver níveis diferentes de exigência para assinatura de leniência (ou de termo de cessação de conduta) *vs.* abertura de investigação, sobretudo de processo administrativo *vs.* condenação em processo administrativo. Essas diferenças (e o nível crescente de rigor) é bastante natural, e será sempre importante debater quais os requisitos gerais para cada um desses três *standards* (no plural). Essa discussão, todavia, é essencialmente

⁴⁴ Lei 12.529/2011: “Art. 9º *Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: [...] V - aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento*”.

⁴⁵ Lei 12.529/2011: “Art. 10. *Compete ao Presidente do Tribunal: [...] VII - assinar os compromissos e acordos aprovados pelo Plenário*”.

⁴⁶ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia: Termo de Compromisso de Cessação para Casos de Cartel**, item I.3, pp. 20-24.

concreta (jurisprudencial), sendo impossível pré-determinar valores probatórios, o que equivaleria à já abandonada tarifação legal das provas. Mas é importante consistência nessa construção jurisprudencial, que deve ser isonômica e o mais previsível possível, e deve-se ainda chamar atenção para os meios segundo os quais se desenrolam os esforços de instrução processual no CADE.

Sem descuidar dos dois *standards* iniciais para relato de infrações ou abertura de investigações, e por mais relevante que seja a discussão sobre o último deles, o *standard* necessário para sustentar a decisão condenatória, é fundamental lembrar que o julgamento pelo Tribunal Administrativo do CADE será altamente dependente das medidas concretas de instrução. Ela é que conecta esses dois momentos, e aspectos processuais da instrução válida e bem-feita serão os meios de se substanciar a teoria da corroboração mencionada nos precedentes recentes, o que coloca em evidência o papel central da instrução pela Superintendência-Geral; caso contrário, o momento de julgamento será atingido sem o necessário para ultrapassar o *standard* probatório para a condenação.

A esse respeito, convém lembrar precedente do STF que frisa não serem os relatos de colaboradores suficientes para juízo condenatório, embora sejam adequados para início das investigações; porém eles não podem justificar investigações indefinidas⁴⁷. É preciso, portanto, que se estabeleça o impulso organizado da instrução; para esse fim, a fase de saneamento está muito bem-posicionada, porém tem sido utilizada no CADE de forma menos produtiva do que poderia.

⁴⁷ Cf. Inquérito 4.458/DF, Relator Min. Gilmar Mendes, j. 11.09.2018: “PENAL E PROCESSO PENAL. INQUÉRITO. ARQUIVAMENTO PELO RELATOR EM CASO DE MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ART. 231, §4º, DO RISTF. ART. 654, §2º, CPP. COLABORAÇÃO PREMIADA. NECESSIDADE DE CORROBORAÇÃO MÍNIMA DAS DECLARAÇÕES. FALTA DE SUPORTE FÁTICO-PROBATÓRIO PARA PROSSEGUIMENTO DAS INVESTIGAÇÕES. AUSÊNCIA DE PRAZO RAZOÁVEL. CONSTRANGIMENTO MANIFESTAMENTE ILEGAL. QUESTÃO DE ORDEM NA AP 937/RN. POSSIBILIDADE DE ARQUIVAMENTO. [...] 2. Os precedentes do STF assentam que as declarações de colaboradores não são aptas a fundamentar juízo condenatório, mas suficientes dar início a investigações. Contudo, tais elementos não podem legitimar investigações indefinidas, sem que sejam corroborados por provas independentes. 3. A EC 45/2004 introduziu norma que assegura a razoável duração do processo judicial e administrativo (art. 5º. LXXVIII). Conforme a doutrina, esta norma deve ser projetada também para o momento da investigação. As Cortes Internacionais adotam três parâmetros: a) a complexidade do caso; b) a atividade processual do interessado; c) a conduta das autoridades judiciárias. No caso de inquéritos em tramitação perante o STF, os arts. 230-C e 231 do RISTF estabelecem os prazos de 60 dias para investigação e 15 dias para oferecimento da denúncia ou arquivamento, com possibilidade de prorrogação (art. 230-C, §1º, RISTF). [...] 5. Caso em que inexistem indícios mínimos de materialidade e autoria delitiva, mesmo após 15 meses de tramitação do inquérito. Depoimentos genéricos e inespecíficos relatando o recebimento de recursos eleitorais em pleito no qual o investigado sequer disputou qualquer mandato eletivo. Apresentação apenas de elementos de corroboração produzidos pelos próprios investigados. Arquivamento do inquérito, na forma do art. 21, XV, “e”, art. 231, §4º, “e”, ambos do RISTF, e art. 18 do CPP.” (sem destaques no original).

Prevista no art. 72⁴⁸ da Lei 12.529/2011, essa etapa tem sido tradicionalmente mais retrospectiva, no sentido de decidir sobre as preliminares processuais e avaliar os pedidos de prova feitos pelos investigados. É comum a Superintendência-Geral emitir ofícios para solicitações de informações e, ocasionalmente, indicar testemunhas ou depoimentos pessoais do seu interesse, porém são muito raras outras provas de iniciativa da autoridade. Essa fase de saneamento poderia ser melhor aproveitada adotando-se linha mais prospectiva, em que a autoridade organiza e já planeja em mais detalhes os esforços de instrução futura. Isso exigiria maior granularidade no despacho de saneamento, com definição explícita dos aspectos específicos ainda controvertidos e que dependem de prova, assim como justificadamente determinar a quem cabe o ônus dessa demonstração; fundamental neste trabalho é a identificação mais clara dos pontos de incerteza e das ações necessárias para corroborar tais elementos dos autos. Seria útil também que a Superintendência-Geral já determinasse, no saneamento, o cronograma da instrução em suas grandes linhas, com prazos tentativos para conclusão das providências. Assim é possível construir um caminho mais concreto de instrução, o que também ajuda a própria autoridade a planejar o caso em face de eventuais mudanças de servidores, que ocorreria com menor risco de se perder o plano de trabalho anteriormente preparado.

Essas medidas também exigem que a autoridade reflita sobre o real status do caso e as perspectivas de melhorar a qualidade das provas, o que evita prolongar por inércia investigações que não contam com provas suficientes e para as quais a autoridade não tem perspectivas realistas (ou meios viáveis) de melhorar a qualidade das evidências, ajudando a manter a duração razoável dos processos.

Também a etapa de saneamento poderia corrigir discussões potenciais que, eventualmente, poderiam afetar a validade do caso. Um olhar mais voltado a evitar nulidades corrigíveis e garantir a validade do caso como quer que as questões processuais trazidas nas defesas venham a ser razoavelmente interpretadas futuramente pelo Tribunal Administrativo do CADE ou pelo Poder Judiciário terá impacto significativo em termos de garantia de manutenção da decisão final do CADE.

Por isso, é importante a Superintendência-Geral olhar para como o Tribunal Administrativo do CADE tem decidido e levar em consideração essas tendências para definir o

⁴⁸ Lei 12.529/2011: “Art. 72. Em até 30 (trinta) dias úteis após o decurso do prazo previsto no art. 70 desta Lei [i.e., o prazo para apresentação de defesa administrativa], a Superintendência-Geral, em despacho fundamentado, determinará a produção de provas que julgar pertinentes, sendo-lhe facultado exercer os poderes de instrução previstos nesta Lei, mantendo-se o sigilo legal, quando for o caso.”

standard probatório e as salvaguardas processuais da instrução; menos para fins de negociação de acordos de leniência (que é o ponto de partida e algo que a Lei 12.529/2011 atribui muito claramente como competência da própria Superintendência-Geral⁰, e mais para as atividades de processuais de instrução e corroboração a serem adotadas, que serão a base para o julgamento definitivo pelo Tribunal Administrativo do CADE. Pelos mesmos motivos, é também importante que ambos os órgãos do CADE, Superintendência-Geral e Tribunal Administrativo, olhem para como o Poder Judiciário tem decidido os temas antitruste, matéria de mérito das competências do CADE, mas também os aspectos procedimentais em investigações administrativas sancionadoras, para os fins de garantir a validade das investigações antitruste e a suficiência das provas a ampararem as condenações.

Sem pretensão de esgotar o assunto, alguns aspectos importantes em matéria de corroboração desafiam tratamento mais detalhado nas investigações do CADE.

O primeiro deles é o peso muito grande ainda dado ao relato dos colaboradores. Os precedentes recentes focalizaram mais no *standard* probatório para condenação, porém a credibilidade do relato e seu suporte são importantes também para a abertura de investigação, supondo-os suficientes para a assinatura do acordo de leniência, segundo o julgamento da Superintendência-Geral. A abertura da investigação deve considerar de forma individualizada os indícios concretos já coligidos contra cada alvo listado pelo colaborador, o que exige consistência e isonomia em relação a todos os investigados, tanto quanto para a condenação. Relatos dos beneficiários podem ser suficiente para a assinatura de acordo de leniência ou de termo de cessação de conduta, porém não necessariamente suficientes para inclusão como investigados de todos os mencionados no histórico da conduta, exceto se houver indícios suficientes contra cada um deles. Em face de previsão legal específica de que inquérito ou processo administrativos se instauram mediante indícios, impossível sujeitar alguém a investigação sem ao menos haver indícios, o que exige elementos corroborativos além do relato dos colaboradores. Sem elementos mínimos a configurarem indícios de participação, é impróprio sujeitar o indivíduo a investigação fundado na ideia de complementação da apuração na fase instrutória. Evidentemente, não haverá qualquer impedimento à instauração posterior da investigação caso surjam elementos específicos contra outras pessoas, enquanto não prescrita a violação.

Para além da importante discussão sobre unilateralidade da prova, outro grande desafio que merece mais elaboração é sobre a interpretação do silêncio. Esses são os casos de prova não-unilateral, mas que não contêm demonstração de assentimento ou de participação

propriamente dita. Entram nessa categoria elementos como ser destinatário ou estar copiado em e-mails, presenciar fatos, ou ainda ter conhecimento da conduta sob investigação; eles trazem consigo mais demonstração factual do que o mero relato dos colaboradores, porém exigem outros elementos confirmatórios sobre o comportamento do investigado para que se possa inferir com robustez sua participação na violação. Sem outras corroborações, o silêncio deveria ser interpretado como não-ação ou não-participação; exige-se algum grau de demonstração adicional para sustentar a abertura de investigações (*i.e.*, indícios, que mais ou menos fortes modulariam entre inquérito ou processo administrativos), e ainda maior robustez para condenação (*i.e.*, provas).

Por fim, outro tema que merece aprofundamento é o aproveitamento de acordos de leniência firmados no exterior. Natural que ocorra o aproveitamento de investigações internas e leniências no exterior, e não há maiores problemas se bem ponderado que o requisito de assinatura do acordo de leniência não é o mesmo que para abertura processo. Possivelmente adaptações ao contexto brasileiro serão necessárias, porém como prestígio à boa-fé de quem reporta a prática a todas as autoridades potencialmente interessadas, esse aproveitamento em si não é problemático. O problema surge em duas dimensões: (*i*) quando se considera, impropriamente, que apenas a menção no histórico seria suficiente para investigação de terceiros -- deficiência que pode ser ainda mais pronunciada quando a investigação interna original focou em outra jurisdição; e (*ii*) esquecer que efeitos no Brasil precisam ser efetivamente provados, ainda quando a prática seja ilícita pelo objeto -- mesmo que se presumam efeitos negativos de determinada prática fática (como o cartel *hardcore*), a geografia onde esses efeitos (presumidos) serão sentidos depende de prova. Tanto quanto ocorrem com outros aspectos factuais, a declaração dos beneficiários de que Brasil foi (ou pode ter sido afetado) não deveria ser suficiente para estabelecer a jurisdição do CADE.

5 Ramificações e desdobramentos de policy

A seção anterior focalizou possíveis desdobramentos processuais-procedimentais para as investigações no CADE. Igual relevância se deve prestar também a aspectos de política pública (*policy*) concorrencial.

O mais imediato diz respeito às salvaguardas aos colaboradores em casos de arquivamento. Importante primeiro deixar de lado casos de violação ou descumprimento dos acordos firmados com o CADE, que consistem em outro tipo de discussão; aqui estamos a tratar de conduta regular e de boa-fé do colaborador, em casos que ao final não se restou comprovada

a violação para outros investigados. Reconhecido haver padrões diferentes para assinar a leniência ou termo de cessação de conduta *vs.* abrir a investigação *vs.* condenar, e sendo ainda os acordos de colaboração meio de produção de prova, mas não prova em si, não há nada de intrinsecamente problemático nessa situação.

No caso de termo de cessação de conduta, a aprovação prévia pelo Tribunal Administrativo do CADE reforça a posição do colaborador, restando em aberto apenas discussões sobre adimplemento das obrigações. Para acordos de leniência, firmados diretamente pela Superintendência-Geral, é importante certa deferência ao julgamento da Superintendência-Geral quanto à sua conveniência e oportunidade, que é a autoridade competente para a assinatura e reputou suficiente os elementos para assinar o acordo. Tal não exclui os deveres de instrução e corroboração pela Superintendência-Geral, que serão posteriormente avaliados pelo Tribunal no julgamento do mérito, nem exclui o controle de legalidade quanto aos requisitos legais objetivos. Porém revisitar, posteriormente, a conveniência de assinatura para fins de excluir os benefícios aos colaboradores sem falta imputável a eles seria muito problemático.

Para consistência do programa de leniência, é fundamental que se salogue os benefícios dos colaboradores mesmo nos casos em que as provas coligidas na instrução não sejam suficientes para condenação. Manter essa linha, já adotada no *Caso Prosamim*⁴⁹, é crítico como sinalização da aderência à “regra de ouro” dos programas de leniência, de que o colaborador não seja colocado em posição pior do que os demais investigados. Do ponto de vista de *policy*, são de extrema importância as providências para salvaguardar a imunidade dos beneficiários em caso de arquivamento, seja nos próprios autos, seja em outros autos que investiguem os mesmos fatos confessados e objeto da imunidade. Ainda que a obrigação de colaboração esteja concluída com o arquivamento do caso original, a imunidade deveria se estender a qualquer outro feito que tenha o mesmo objeto.

Cabe também avaliar a possibilidade de emprego proativo dos termos de cessação de conduta pela autoridade. Tradicionalmente, esse instrumento tem sido usado mediante iniciativa da defesa, interessada na discussão sobre colaboração e obtenção de descontos na sanção esperada, para cuja decisão a regra do “*one shot*” prevista no art. 85, §§ 4º e 13⁵⁰, da

⁴⁹ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Inquérito Administrativo nº 08700.003510/2021-96** (CADE *ex officio vs.* Andrade Gutierrez Engenharia S.A., CCI Construções Ltda., Construcap CCPS Engenharia e Comércio S.A. e outros; em curso perante a Superintendência Geral).

⁵⁰ Regimento Interno do CADE: “Art. 190. O Superintendente-Geral poderá, nos termos do art. 13, inciso IX da Lei 12.529, de 2011, propor termo de compromisso de cessação relativo a processo administrativo, inquérito

Lei 12.529/2011, inspira muita cautela. Muitas vezes, os investigados podem ter interesse em colaborar, mas o receio natural de perder sua única chance ao encontrar exigências elevadas da Superintendência-Geral para a assinatura do termo de cessação de conduta impedem o início da discussão. Nada de impróprio que a Superintendência-Geral tenha expectativas diferentes dos investigados, mas essa incerteza pode diminuir muito as oportunidades de colaboração bem-sucedidas.

Para melhor se desincumbir do ônus de corroboração ínsito em qualquer investigação, o CADE poderia usar de forma mais ativa a faculdade de chamar investigados para discutir eventual colaboração, prevista no Regimento Interno do CADE e que não prejudica a faculdade de o investigado posteriormente apresentá-lo *sponte sua* (cf. art. 190, caput e §4^o1), o que permitiria engajar discussões com os investigados sem que eles corram o risco de perder a sua única oportunidade de propor a colaboração. Essa postura inspira cuidados com isonomia: haveria que demonstrar a importância da colaboração do investigado convidado para demonstração aspecto específico da investigação, se a faculdade for individualizada para apenas alguns investigados; isso pressupõem a fase de saneamento ser mais granular e específica. Aqui, é decisão mais jurídico-processual de instrução, que precisa ser motivada. Mas nada impede que a Superintendência-Geral chame todos os investigados na citação inicial do processo, para se querendo discutir eventual oportunidade de termo de cessação de conduta, para que possam fazê-lo logo no início do caso e sem perder o seu “*one shot*”. Aqui, o viés é menos jurídico-processual de instrução, e mais de *policy*.

6 Conclusões

O padrão probatório ganhou desdobramentos importantes na prática decisória recente do CADE. É interessante que não parece ter havido inovação drástica nos princípios jurídicos a nortear as decisões, mas houve renovações significativas na prática decisória, que me parecem localizadas no nível de preenchimento concreto desses testes jurídicos: nota-se vitalidade mais acentuada na análise dos elementos concretos coligidos na investigação (especialmente das provas indiretas) e maior exigência do que é necessário para assegurar, com robustez, a conclusão de que determinado investigado participou da infração. O sistema de

administrativo ou procedimento preparatório de inquérito administrativo que esteja em trâmite na Superintendência-Geral. [...] § 4º A aceitação ou rejeição pelo Representado da negociação do termo de compromisso proposta pelo Superintendente-Geral não prejudica a apresentação de requerimento de termo de compromisso por parte do Representado, nos termos do art. 179 deste Regimento Interno.”

interpretação e aplicação do direito concorrencial parece ter calibrado melhor entre riscos de falso-positivos e falsos-negativos, garantindo assim melhor aderência ao princípio *in dubio pro reo*.

Essa análise mais refletida das provas parece confluir em torno de algumas ideias centrais: (i) impossibilidade de condenações com base apenas em relatos ou evidências unilaterais dos colaboradores, ainda quando cruzados entre vários deles, que dependerão de corroboração por fontes externas e independentes em relação aos terceiros; (ii) provas diretas têm mais força e podem ser valoradas isoladamente, mas as provas indiretas, por terem menor nível de certeza, demandam mais cautela e devem ser apreciadas de forma conjunta e holística; e (iii) enquanto a desconstituição de provas diretas exige demonstração de não ocorrência do fato, a desconstituição das provas indiretas demanda apenas a apresentação de explicação alternativa razoável e plausível.

Clareza e objetividade quanto aos *standards* probatórios convida reflexão sobre a negociação de acordos (leniência e termo de cessação de conduta) e a abertura de investigações, mas também sobre a instrução que lhes seguirá. Trata-se, do caminho da corroboração, que deve transcorrer em contraditório a fim de que se atinja o momento de julgamento com elementos concretos suficientes para a decisão. Aspectos processuais e a instrução válida e bem-feita são os meios de substanciar a corroboração dos indícios, caso contrário se atingirá o julgamento sem o mínimo necessário para sancionamento das violações. A fase de saneamento da investigação, por exemplo, poderia ser mais bem aproveitada no CADE, com fins de corrigir potenciais discussões sanáveis e ainda estabelecer mais concretamente as providências de instrução e o cronograma dessas atividades. Isso demanda maior granularidade no despacho de saneamento, com definição mais precisa dos aspectos específicos controvertidos que dependem de prova, assim como atribuição justificada de a quem cabe essa demonstração; fundamental neste trabalho é a identificação mais clara dos pontos de incerteza e das ações necessárias para corroborar tais elementos dos autos, o que convida a autoridade a refletir realisticamente sobre o status do caso, quais possíveis provas de corroboração são necessárias e a real capacidade de obtê-las.

Sem pretensão de esgotamento, alguns temas sobre a concretude da corroboração merecem aprofundamentos: (i) o peso muito grande dado ao relato dos colaboradores, cuja credibilidade e suporte são importantes também para abertura da investigação: é necessário considerar de forma individualizada os indícios concretos, sendo que relatos suficientes para assinar acordos de leniência podem não conter elementos suficientes para inclusão como

investigados de todos os mencionados; (ii) a interpretação do silêncio em provas não-unilaterais, que trazem consigo alguma demonstração factual maior do que o mero relato porém ainda exigem elementos confirmatórios sobre o comportamento do investigado para que se possa inferir sua participação na violação; (iii) o aproveitamento de acordos de leniência firmados no exterior, que não é problemático, porém convida a corroboração suficiente dos efeitos no Brasil: tanto quanto quaisquer aspectos factuais da violação, a mera declaração dos beneficiários de que Brasil foi (ou pode ter sido afetado) não é suficiente e depende de corroboração.

Do ponto de vista de *policy*, é fundamental que se salvguarde os benefícios dos colaboradores mesmo nos casos em que as provas coligidas na instrução não sejam suficientes para condenação; deixando de lado casos de inadimplemento ou violação dos instrumentos de colaboração, os beneficiários não deveriam ter sua situação revisadas em seu prejuízo sem fatos negativos que lhes seja imputáveis. Ademais, termos de cessação de conduta poderiam ser empregados de maneira mais ativa, mediante chamamento dos investigados pela Superintendência-Geral para negociação; isso permitiria engajar discussões e explorar mais oportunidades de colaboração bem-sucedidas ao neutralizar a preocupação natural dos investigados em perder sua única chance caso encontrem expectativas de colaboração muito elevadas por parte da Superintendência-Geral.

7 Referências Bibliográficas

ATHAYDE, Amanda; ACCIOLY, Isabella. The Antitrust Leniency Program and its Spillovers on other Leniency Programs in Brazil. **Revista de Derecho Administrativo – CDA**, n. 21, p. 318-337, 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia - Termo de Compromisso de Cessação para Casos de Cartel**. Brasília-DF: CADE, set. 2017. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Inquérito Administrativo nº 08700.003510/2021-96** (CADE *ex officio* vs. Andrade Gutierrez Engenharia S.A., CCI Construções Ltda., Construcap CCPS Engenharia e Comércio S.A., Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A., Construtora Queiroz Galvão S.A. e Estacon Engenharia S.A.; em curso perante a Superintendência Geral.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Inquérito Administrativo nº 08700.010319/2012-18** (CADE *ex officio* vs. Indústrias Arteb S.A., Valeo S.A., Valeo Sistemas Automotivos Ltda., Valeo Sistemas Automotivos Ltda - Divisão

Iluminação, Valeo Sistemas Automotivos Ltda - Divisão Valeo Service e outros; Relator Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. 13.12.2017).

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Inquérito Administrativo nº 08700.010322/2012-23** (CADE *ex officio* vs. Kostal Eletromecânica Ltda., Valeo S.A.; Valeo Sistemas Automotivos Ltda.; Valeo Sistemas Automotivos Ltda e outros; Relator Conselheiro João Paulo de Resende, j. 13.12.2017).

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.000269/2018-48** (Poder Judiciário - 16ª Vara da Justiça Federal no Ceará vs. Cícero Joaquim Alves, Francisco Adiones Saraiva Alves, Cássia Rejane Leite de Souza, Ivan Figueroa Pontes, Hugo Figueiroa Pontes, Cícero Wagner da Silva Brito, Lyndon Johnson de Medeiros Costa, Construtora J. Filho Ltda., Construtora ASP Ltda., Nova Construtora Ltda., CAENGE - Cariri Engenharia Ltda., Brito Construções Ltda., Construtora e Empreendimentos S?o Bento; Relator Conselheiro Gustavo Augusto de Lima, j. 23.05.2023).

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.001094/2016-24** (CADE *ex officio* vs. Companhia Sud Americana de Vapores S.A.; Eukor Car Carriers Inc.; Grimaldi Group SpA; Hoegh Autoliners Holdings AS; Kawasaki Kisen Kaisha; Mitsui O.S.K. Lines; Nippon Yusen Kaisha; Nissan Motor Car Carriers Co, Ltd; Wallenius Wilhelmsen Logistics; Akio Oe; Alberto Feres Lama; Anzu Takahashi; Asbjorn Loken; Atsushi Matsumoto; Borre Mathisen; Carl Johan Hagman; Christen Schereuder; Cristóbal Rollán; David R. Minetti; ; D. W. Choi; Erick Purks; Fabio Mello; Fujio Yamagata; Geir M. Berger; Han W. Cho; Helder Filomeno do S. Malaguerra; Hideki Matsumoto; Hideki Nakai; Hideki Suzuki; Hiromichi Takezaki; Hiroshi Kawamura; Hiroshi Kubota; Hirotoshi Ushioku; Hiroyuki Fukumoto; Ichiro Osako; Ingar Skiaker; J. C. Lim; Johan Mattsson; John Edward Grbic; John Patrick Ronan; Jostein Bomstad; Junji Muraoka; Kai Kraass; Katsumi Nagata; Keishin Watanabe; Kentaro Tsuji; Koji Wada; Konosuke Suzuki; Lídia Almeida; Masahiro Kato; Masato Oida; Masaya Futakuchi; Maurício Garrido Garcia; Michimasa Noda; Miguel Malaguerra; Milivoj Milosevic; Mitsuhiro Iwata; Mitsuoki Moriya; Noriko Fujita; Norio Abe; Osamu Ikehara; Pablo Sepúlveda Berrios; Rudolf H. Luttmann; Santiago Bielenberg Vásquez; Satoshi Yamaguchi; Seong-Hwan Oh; Shigeru Tsuneda; Shin Miyawaki; Shunichi Kusunose; Stig A. Hagen; Susumu Tanaka; Tadanao Matsudaira; Takahiko Aoki; Takashi Ito; Takashi Kawamura; Takashi Kurauchi; Takashi Yamagushi; Takenori Igarashi; Tomohito Ohtsu; Toru Otda; Toshitaka Shishido; Tsuyoshi Ono; Uehara Hiroshi; Yasuhiro Noguchi; Yoshiyuki Aoki; Yusuke Sasada; Yutaka Hinooka; Yutaka Ikeda e Yutaka Nishino; Relator Conselheiro Luís Henrique Bertolino Braido, j. 24.05.2022).

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.001273/2010-24** (GEDEC-MP/SP vs. Astéria Incorporações e Construções Ltda., Aquecedor Solar Transsen Ltda., Tuma Instalações Térmicas Ltda., Associação Brasileira de Refrigeração, Ar Condicionado, Ventilação e Aquecimento - ABRAVA, Enalter Engenharia, Indústria e Comércio Ltda., Bosch Termotecnologia Ltda. (nova denominação da Heliotek Máquinas e Equipamentos Ltda.), Sol Tecnologia em Energias Renováveis e Obras Ltda. (nova denominação da Soletrol Tecnologia em Energias Renováveis e Obras Ltda.), José Ronaldo Kulb, Paulo Sérgio Ferrari Mazzon; Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior; j. 11.03.2015).

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.003699/2017-31** (CADE *ex officio* vs. Ana Maria Ragonese,

Associação Brasileira da Indústria de Alta Tecnologia de Produtos para Saúde - Abimed, Associação Brasileira da Indústria de Artigos e Equipamentos Médicos, Odontológicos, Hospitalares e de Laboratórios - Abimo, Biotronik Comercial Medica Ltda., Boston Scientific Do Brasil Ltda, Carlos Alberto Pereira Goulart, Cicero Tiago Sobral Melo, Claudio Joaquim Roque, Daniel Eugenio Dos Santos, David Martin Markham Neale, Dirceo Luiz Stona, Eduardo Morani de Araujo, Elcio Allegretti, Fernanda Andrade Ferreira, Fernando Alfredo Gonzalez Rosenqvist, Flavio Lucio Roberto de Aquino, Glauco Ulisses de Oliveira, Gustavo Weidle, Joao Sergio Moreira, Jose Marcelino Battistini, Karine Sales Goncalves, Kurt Kaninski, Maria Laura Galainena, Medtronic Comercial Ltda, Milena Carvalho Borges Bergamin, Milton Munhoz, Oscar Costa Porto, Pedro Luiz Serafim, Ricardo Galvao Sande e Oliveira, Ricardo Mendonça Da Silva, Ricardo Portilho Pettena, Ronaldo Pupkin Pitta, St Jude Medical Brasil Ltda, Tadeu Aparecido De Faria, Walter Luis Furia de Souza, Wilson Martins Junior e Zolmo de Oliveira Junior; Relator Conselheiro Luis Braido, j. 22.05.2024).

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.006667/2009-35** (SDE *ex-officio* vs. Cial Comércio e Indústria de Alimentos Ltda.; Comissária Aérea Rio de Janeiro Ltda.; Cor e Sabor Distribuidora de Alimentos Ltda.; Denjud Refeições Coletivas Adm. e Serviços Ltda.; Faculdade do Sabor Refeições Ltda.; Guelli Comércio e Indústria de Alimentação Ltda.; Hambre Distribuidora de Alimentos Ltda.; Home Bread Indústria e Comércio Ltda.; Maria Natália de Souza Alves Ltda. (Real Food).; Masan Comercial Distribuidora Ltda.; Mendes dos Santos Sup. e Serviços Ltda.; MMW Irmãos Alimentos Ltda.; Norsul Catering Ltda.; Nutryenerge Refeições Industriais Ltda.; O Universitário Restaurante Industrial Ltda.; Padre da Posse Restaurante Ltda. e; Premier Comércio de Alimentos Ltda.; Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, j. 22.02.2019).

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.007776/2016-41** (CADE *ex officio* vs. Andrade Gutierrez Engenharia S.A. (nova denominação social de Construtora Andrade Gutierrez S.A.), Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A., EIT – Empresa Industrial e Técnica S.A., Camter Construções e Empreendimentos S.A., Construtora Norberto Odebrecht S.A., Delta Construções S.A., Construtora OAS S.A., Álya Construtora S.A. (atual denominação social de Construtora Queiroz Galvão S.A.), Carioca Christiani-Nielsen Engenharia S.A., Caenge S.A. Construção, Administração e Engenharia, em recuperação judicial; Alberto Quintaes, Benedicto Barbosa da Silva Júnior, Gustavo Souza, João Marcos de Almeida da Fonseca, José Gilmar Francisco de Santana, Juarez Miranda Júnior, Karine Karaoglan Khoury Ribeiro, Marcelo Duarte Ribeiro, Marcos Vidigal do Amaral, Maurício Rizzo, Olavinho Ferreira Mendes, Paulo César Almeida Cabral, Paulo Meriade Duarte, Roque Manoel Meliande. Relator Conselheiro Sergio Ravagnani, j. 17.04.2024.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.009165/2015-56** (CADE *ex officio* vs. Elster Medição de Água S/A, FAE Ferragens e Indústria de Hidrômetros S/A, Itron Soluções para Energia e Água Ltda./Accell Soluções para Energia e Água Ltda., LAO Indústria Ltda., Sappel do Brasil Ltda./Diehl Metering Indústria de Sistema de Medição Ltda., Sensus Metering Systems do Brasil Ltda., Saga Medição Ltda., Vector Sistemas de Medição Ltda., Adney Aparecido Costa Siqueira; André Bezerra Lima Carneiro, Antônio Fábio Andrade Santos, Cid Luiz Racca, Carlos Dehon Dias Lopes, Carlos Henrique Gomez Capps, Danilo Murta Coimbra, Emerson da Costa Rodrigues, Frazão Sergio Caixeta Gomes, José Antônio Cattani Xavier, Jose Geraldo de Almeida Junior, José Roberto Baptistella, Leonardo Cangussu Mendes, Luis Antônio Tinello,

Luis Claudio Nogueira Rigolon, Luiz Tadeu Beraldo Teixeira, Marcos Antônio Kokol, Marcos Sérgio Sartori, Pedro Cyrillo Cardoso de Almeida, Renzo Rodrigues Sudario da Silva, Samuel Chagas Lee, Sebastião Ataíde Fonseca, Sylvain Brogle e Valdir Iannelli; Relator Conselheiro Vitor Fernandes, j. 07.02.2024).

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.009382/2010-90** (Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF) vs. Afirma Consultoria e Projetos de Engenharia Ltda.; Associação Paranaense de Empresários de Obras Públicas (APEOP); CESBE S.A. Engenharia e Empreendimentos; Construtora Brasileira e Mineradora Ltda. (CBEMI); Construtora Estrutural Ltda.; Construtora Triunfo S.A.; De Amorim Construtora de Obras Ltda.; Delta Construções S.A.; EMPO – Empresa Curitibana de Saneamento e Construção Civil Ltda.; Feg Engenharia de Obras Ltda.; Gaissler Moreira Engenharia Civil Ltda.; Marc Construtora de Obras Ltda.; Redram Construtora de Obras Ltda.; Carlos Henrique Machado; Cláudio Bidóia; Emerson Gava; Fernando Afonso Gaissler Moreira; Gilberto Piva; Juarez Nassur Cordeiro; Mário Henrique Furtado de Andrade; Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, j. 21.08.2017).

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.010323/2012-78** (CADE *ex officio* vs. MAHLE Behr Gerenciamento Térmico Brasil Ltda. (atual denominação de Behr Brasil Ltda.); Denso do Brasil Ltda.; Denso Sistemas Térmicos do Brasil Ltda.; Modine do Brasil Sistemas Térmicos Ltda. (atual denominação de Radiadores Visconde Ltda.); Valeo S.A.; Valeo Sistemas Automotivos Ltda.; Valeo Sistemas Automotivos Ltda. – Divisão Climatização; Valeo Sistemas Automotivos Ltda. – Divisão Sistemas Modulares; Valeo Sistemas Automotivos Ltda. – Divisão Térmicos Motor; Valeo Sistemas Automotivos Ltda. – Divisão Valeo Service; Adalberto Penachio; Adriana Bueno de Camargo Motta; Carlo Chiarle; Carlos José Zilveti Arce Murillo; Christophe Michel; Emy Yanagizawa; Fernando Marcelo Bottura; Helida Ferreira Duarte; Manoel Feitosa Alencar Junior; Mario Tano; Max Davis Forte; Omar Cecchini Said; Paulo Benedito Arroyo; Paulo Shigueru Ninomiya; Pierre Alain Yves Le Marie D’Archemont; Rafael Galparin; Reginaldo Pereira Hermógenes; Renato Luís Barbi; Renato Vilches; Roberto João Dal Medico Junior; Samuel Barletta; Scott Lee Bowser; Sergio Gonzalez Noriega; Silvio Ricardo Valente Taboas e Yuri Daniel Pereira da Motta.; Relator Conselheiro Sergio Ravagnani; j. 08.03.2023).

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia - Recomendações Probatórias para Proposta de Acordo de Leniência com o CADE**. Brasília – DF: CADE, set. 2021. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/Guia-recomendacoes-probatorias-para-proposta-de-acordo-de-leniencia-com-o-Cade.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2024.