

REMÉDIOS ANTITRUSTE

AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA E RICARDO MACHADO RUIZ

[ORGANIZADORES]

ALLICE FERREIRA DE OLIVEIRA
AMANDA ATHAYDE LINHARES MARTINS
AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA
BRUNO BRAZ DE CASTRO
CAMILLA CAPUCIO
CAROLINA NUNES NERY
CÉSAR MATTOS
FELIPE MOREIRA DOS SANTOS FERREIRA
FERNANDA RODRIGUES GUIMARÃES ANDRADE
FERNANDO INÁCIO ÁLVARES E SILVA
HUGO EVO MAGRO CORRÊA URBANO
JOÃO PAULO GODOY
LUCAS MENDES DE FREITAS TEIXEIRA
PAULO HENRIQUE TEIXEIRA RAGE
PEDRO GAZZINELLI COLARES
RENATO DOLABELLA
RICARDO MACHADO RUIZ
VINÍCIUS MARQUES DE CARVALHO

Compromisso de cessação de prática em casos de cartel: requisitos de efetividade

Amanda Athayde Linhares Martins
e Fernanda Rodrigues Guimarães Andrade

1. Introdução

À semelhança de outras jurisdições – com destaque aos Estados Unidos e à União Europeia, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) tem adotado a celebração de acordos como parte de sua estratégia de defesa da concorrência. Os aludidos instrumentos compreendem, *inter alia*, o acordo de leniência, o compromisso de desempenho e o compromisso de cessação¹ – este último objeto de análise do presente trabalho.

O Termo de Compromisso de Cessação (TCC), também conhecido como compromisso de cessação de prática, é um acordo celebrado entre a parte investigada e a autoridade de concorrência – que no Brasil é o CADE,² cujo principal objetivo consiste em pôr fim ao processo investigativo em que se apura a suposta conduta ilegal, sem análise de mérito. Insere-se esse compromisso, segundo o Prof. João Bosco Leopoldino da Fonseca, no instituto jurídico da transação,³ em que existe reciprocidade de concessões e em que permanece

1. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 144-145. Importante ressaltar que existem outros instrumentos consensuais possíveis de serem celebrados entre o investigado e a Administração Pública, como, por exemplo, o Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação – Apro, mas a doutrina normalmente se refere somente a esses três remédios (acordo de leniência, compromisso de desempenho e compromisso de cessação).
2. Embora a nova redação do art. 53 da Lei 8.884/1994 tenha retirado a menção à SDE como autoridade competente para celebrar TCCs, o art. 14, IX, dessa Lei continua prevendo a competência da Secretaria para tanto, hipótese em que o TCC dependeria também da homologação do CADE.
3. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 327.

inequívoca a incerteza quanto ao direito das partes.⁴ O TCC instrumenta, portanto, a celebração de acordo entre a Administração e o agente econômico ao qual foi imputada a suspeita de prática de infração tipificada no art. 20 da Lei 8.884/1994 (Lei de Defesa da Concorrência brasileira).⁵

Por força do acordo, a Administração Pública, por meio da autoridade antitruste – CADE, ~~com a intervenção do Ministério Público~~, abre mão do prosseguimento do processo administrativo enquanto estiverem sendo cumpridos os termos do compromisso,⁶ ao passo que o administrado se compromete às obrigações por ele expressamente previstas.⁷ É um instrumento, pois, voltado a elevar o grau de eficácia material da legislação.⁸

Sob essa perspectiva, o presente artigo se propõe a compreender a lógica desse remédio antitruste denominado TCC, com base no Direito Comparado, na teoria e na prática brasileira, e, por fim, o trabalho se propõe a definir os requisitos que o tornam um instrumento efetivo de defesa da concorrência na situação concreta.

Assim, afora a introdução, esse estudo subdivide-se em duas subseções. Inicialmente, serão analisados institutos internacionais similares ao TCC na União Europeia e nos Estados Unidos, sendo que nesta última jurisdição será estudado o importante precedente de recusa de acordo no caso *Microsoft*. Em seguida, passar-se-á à exposição desse remédio no contexto brasileiro: histórico, posicionamento da Secretaria de Direito Econômico (SDE), análise das razões para a recusa de TCC no caso do “cartel do cimento”, jurisprudência de celebração de TCC pelo CADE, e definição dos requisitos essenciais à efetivi-

4. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 2, *Teoria geral das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 173-174. Segundo João Bosco Leopoldino da Fonseca, o elemento da incerteza, de dúvida, está presente porque nem a autoridade nem o representado têm segurança sobre o desfecho da investigação, que poderia confirmar a existência de infração, mas poderia também afastar essa hipótese. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Op. cit., p. 327.
5. GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. Compromisso de cessação e compromisso de desempenho na Lei Antitruste brasileira. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 232.
6. Os fundamentos do antitruste cit., p. 144-145.
7. Eros Grau e Paula Forgioni sustentam que o administrado comprometer-se-ia a fazer cessar imediatamente a prática, sem confessar matéria de fato ou reconhecer eventual ilicitude (op. cit., p. 232-233). No entanto, como se verificará adiante, a confissão da matéria fática pode sim ser um dos requisitos para a celebração de um TCC no Brasil.
8. Idem, ibidem, p. 231.

dade de um TCC no Brasil. Por fim, serão apresentadas as conclusões desse trabalho.

2. Institutos similares ao TCC na União Europeia e nos Estados Unidos

2.1 “Cartel settlements” no contexto da União Europeia

O “cartel settlement” – equivalente ao Termo de Compromisso de Cessação no âmbito da União Europeia – consiste em um acordo entre o acusado de envolvimento em cartel e a autoridade antitruste, pelo qual esta reduz em dez por cento o valor da multa eventualmente aplicada e aquele reconhece a prática da infração e sua culpa.⁹

Disciplinado pela Regulação 622/2008 da Comissão Europeia,¹⁰ o “cartel settlement” complementa o sistema de leniência, mas com ele não se confunde¹¹ – assim como ocorre no Brasil. Enquanto este consiste em ferramenta de investigação destinada a arregimentar auxílio aos esforços de descoberta da verdade dos fatos, o “cartel settlement” objetiva proporcionar eficácia administrativa e economia de recursos, através do encurtamento e simplificação dos processos.¹² O momento de celebração também é um fator diferencial entre ambos os institutos. A leniência atua na fase das investigações e recompensa os delatores de forma variada, segundo a tempestividade e a extensão de sua colaboração. Uma vez concluídas as investigações, cessa a possibilidade da leniência e entra em cena a figura do “cartel settlement”.¹³

9. Observe-se que, no contexto da União Europeia, o cartel é tipificado como ilícito administrativo, razão pela qual a modalidade de penalidade que lhe é cominada é a multa.
10. EC, Commission Regulation n. 622/2008 of 30 June 2008 amending Regulation (EC) No 773/2004, as regards the conduct of settlement procedures in cartel cases, [2008] O.J. L 171. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:171:0003:01:EN:HTML>>. Acesso em: 19 dez. 2010.
11. OECD, *Plea Bargaining and Settlement of Cartel Cases*, September 2008. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/56/43/41255395.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2010, p. 4-5.
12. Trata-se dos processos que discutem violações ao art. 81 do Tratado das Comunidades Europeias – relativo à repressão à figura do cartel – instaurados pela Comissão Europeia nos termos da legislação pertinente (i.e. EC. Council Regulation No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, [2003] O.J. L 001. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:001:0001:0025:en:PDF>>. Acesso em: 28 dez. 2010).
13. BAY, Matteo. *EU Cartel Settlements Theory and (First) Practice* (Palestra apresentada por ocasião do 16.º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência do

Embora os acusados possam manifestar a intenção de se engajar em negociações com este propósito, a palavra final é da Comissão Europeia. Investida de grande discricionariedade, esta determina as empresas aptas a negociarem, toma as decisões quanto ao prosseguimento das negociações e à conclusão do “cartel settlement”.¹⁴ Para tanto, os critérios pelos quais se pauta a Comissão incluem a perspectiva de se chegar a um denominador comum com as partes envolvidas dentro de um razoável período de tempo, as eficiências administrativas esperadas e a possibilidade de surgir um precedente.¹⁵

Vislumbrando interesse no acordo, a Comissão disponibiliza ao representado informações, tais como a conduta pela qual é acusado, os fatos a ela pertinentes e a penalidade estimada em caso de condenação. A Comissão pode disponibilizar, outrossim, cópia dos documentos não confidenciais que embasaram as suas conclusões. Destarte, tem o representado pleno conhecimento do caso arguido contra si e de suas eventuais consequências, podendo tomar uma decisão consciente quanto às vantagens e desvantagens de prosseguir o litígio ou de firmar um acordo com a autoridade.¹⁶ Optando por esta última alternativa, o representado deve apresentar por escrito documento denominado “settlement submission”, que conterá reconhecimento expresso e inequívoco de culpa, descrição detalhada da infração e a indicação do valor máximo da multa que se dispõe a pagar.¹⁷

Em seguida, a Comissão apresenta o seu “statement of objections”, que é uma espécie de peça acusatória. Caso este documento reflita o que foi admitido pela parte no “settlement submission”, o Representado deverá confirmar o seu interesse no acordo. Ao contrário, em não havendo coincidência entre as duas peças, o “settlement submission” do infrator será tido por revogado e não poderá ser utilizado como evidência contra ele. Ser-lhe-á, então, concedida a oportunidade de apresentação de defesa e o processo continuará.

IBRAC, 26 de novembro de 2010). Disponível em: <http://www.ibrac.org.br/downloads/16%20Seminario%20Internacional%20de%20Defesa%20da%20Concorrência/matteo_bay_gurauja_2010.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2010.

14. EU. Commission Notice on the conduct of settlement procedures in view of the adoption of Decisions pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation (EC) No 1/2003 in cartel cases, [2008] O.J. C 167/01. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:167:0001:0006:EN:PDF>>. Acesso em: 19 dez. 2010, par. 5; Commission Regulation n. 622/2008 cit., preâmbulo (4), par. 4 (4).
15. Commission Notice on Cartel Settlement, *ibidem*, par. 5.
16. *Ibidem*, par. 16; Commission Regulation n. 622/2008 cit., preâmbulo (2), par. 4 (2).
17. Commission Notice on Cartel Settlement, *ibidem*, par. 20.

Sendo o procedimento bem sucedido, a Comissão concederá uma redução fixa de dez por cento sobre a multa aplicada.¹⁸ Ressalte-se, também, que esta redução é cumulável com outros benefícios porventura concedidos sob a égide do programa de leniência.¹⁹

A disciplina do “cartel settlement” na União Europeia reflete a preocupação de que este seja simultaneamente efetivo na consecução de seus propósitos (i.e. combate aos cartéis de forma célere, e otimização dos recursos despendidos para tanto), e que não prejudique os demais instrumentos de proteção à concorrência.

Uma avaliação crítica e consistente das potencialidades e dificuldades do sistema europeu talvez seja um pouco prematura, eis que à data da redação do presente artigo o “cartel settlement” fora adotado em apenas dois casos. Entretanto, já ousamos – não obstante com ressalvas – fazer algumas observações sobre o instituto tal como concebido.

A fim de assegurar que o “cartel settlement” não inviabilize o programa de leniência, a Comissão condicionou a concessão daquele à admissão de culpa do acusado. Tal exigência, porém, pode representar uma dissuasão deveras significativa ao “cartel settlement” – o que também tem sido objeto de preocupação no tocante à aplicação do TCC no Brasil, conforme discutido adiante. Com efeito, mesmo após a apresentação do “settlement submission”, pode a Comissão discricionariamente desistir do acordo. Como já visto, tecnicamente, nessa hipótese, será o “settlement submission” desentranhado dos autos e desconsiderado como evidência. Contudo, sempre subsiste o receio de que a admissão de culpa influencie a percepção dos julgadores.²⁰ Além disso, o fato de o infrator haver reconhecido o seu envolvimento no cartel pode ser invocado contra ele em outras ações, propostas inclusive em outras jurisdições.

Outros questionamentos são feitos quanto aos incentivos ao “cartel settlement”. Primeiramente, considerando-se um dos principais fatores para o sucesso de uma proposta de “cartel settlement”, i.e. a transparência,²¹ o sistema europeu certamente deu um passo significativo ao prever o acesso do infrator às informações relevantes, e assim, viabilizar a tomada de uma decisão consciente – o que não ocorre em sua plenitude no Brasil, segundo a visão de

18. *Ibidem*, par. 32.

19. *Ibidem*, par. 33.

20. Mayer Brown International LLP. *EU & UK Antitrust/Competition Legal Alert*. 3 July 2008. Disponível em: <<http://www.mayerbrown.com/london/article.asp?id=5109&nid=369>>. Acesso em: 20 dez. 2010, p. 4.

21. *Plea Bargaining...* cit., p. 2-3.

alguns advogados.²² Entretanto, ele ainda carece de certeza e previsibilidade, por força da elevada discricionariedade conferida à Comissão. Não está claro, tampouco, se uma redução de apenas dez por cento sobre a multa imposta seria motivação bastante à negociação.

O aludido percentual e os outros aspectos ora analisados, contudo, não impediram a concretização dos dois primeiros “cartel settlements” da União Europeia, no ano de 2010. O primeiro foi firmado em 19 de maio, após oito anos de investigações, em um caso referente a um cartel que vigorou por mais de quatro anos entre dez produtores de chips de memória conhecidos como DRAMs (*Dynamic Random Access Memory*).²³ De forma geral, o acordo celebrado entre os representados e a autoridade antitruste pode ser considerado bem-sucedido, eis que possibilitou a resolução de um caso relativamente complexo e ainda aplicou uma multa total superior a 331 milhões de euros (já computada a redução de 10%). Ademais, nenhum recurso foi interposto, embora subsistisse esta possibilidade.²⁴

O mesmo se diga a propósito do segundo acordo, celebrado em 20 de julho de 2010, relativo ao cartel de produtores de fosfato para ração animal (*Animal Feed Phosphate*). O cartel entre seis produtores perdurou por trinta e cinco anos, tendo sido objeto de investigação por outros sete. Cinco dentre os seis envolvidos decidiram negociar e obtiveram uma redução de dez por cento sobre a respectiva multa. Um dentre eles, (Timab Industries S.A.)

22. SANTOS, Aurélio Marchini, em sua palestra e no material físico disponibilizado por ocasião do 16.º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência do IBRAC, 26.11.2010.

23. *Antitrust: Commission Fines DRAM Producers € 331 Million for Price Cartel; Reaches First Settlement in a Cartel Case*. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/586&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>>. Acesso em: 20 dez. 2010. Ainda não se encontra disponível a versão pública do documento, conforme informação constante do sítio eletrônico da Comissão Europeia (<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/586&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>).

24. CAMESASCA, Peter. *EU Competition Settlements: at Crossroads, Map in Hand. Competition Law 360*. Disponível em: <http://www.dechert.com/library/Antitrust_53_06-10_First_Cartel_Settlement_in_EU.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2010; Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP. *Commission Issues its First Cartel Settlement Decision in the DRAM Case*. Disponível em: <<http://www.cgsh.com/files/News/57eadca7-dac8-4763-a24e-3d176348abaa/Presentation/NewsAttachment/7b1bd469-9d41-4104-93f4-405f45009936/CGSH%20Alert%20-%20First%20Cartel%20Settlement%20Decision.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2010.

optou por não participar do “cartel settlement”, de modo que, em relação a ele, o procedimento prosseguiu normalmente. As multas impostas totalizaram aproximadamente 175 milhões de euros – dentre os quais aproximadamente 116 milhões correspondem às multas aplicadas aos cinco signatários do “cartel settlement”, e 59 milhões (ou seja, mais da metade da multa aplicada aos cinco compromissários), exclusivamente à multa da *Timab*. Houve um único recurso, proveniente, é claro, da *Timab*.²⁵

Em ambos os casos, como se pode observar, as negociações ultrapassaram um ano, o que muitos não reputam o *timing* ideal, diante dos objetivos de celeridade e eficiência da Comissão Europeia. No entanto, tendo sido estas as primeiras experiências na aplicação do instituto, acredita-se que a Comissão proceda de forma mais rápida nos próximos casos. Isso porque, havendo perspectiva de eficiência, o mecanismo do “cartel settlement” provavelmente será aplicado com maior frequência nos próximos anos.

2.2 “Plea agreement” / “consent decree” nos Estados Unidos

Igualmente merecedor de atenção é o instituto norte-americano conhecido como “plea agreement” ou “plea bargaining”. À semelhança do que ocorre no âmbito da União Europeia e no Brasil, o instituto em apreço complementa o programa de leniência,²⁶ mas com ele não se confunde. Os benefícios da leniência são aplicáveis tão somente ao primeiro a delatar a infração concorrencial, que é, então, beneficiado por imunidade total, não incorrendo em condenação criminal ou no pagamento de multa, e não tendo os seus executivos encarcerados.²⁷ Já àqueles que perderam a “corrida” pela leniência, é aberta a possibilidade de celebrar acordo com o Departamento de Justiça (DOJ), pelo qual o representado concorda em prover cooperação para a repressão à prática

25. *Antitrust: European Commission Fines Animal Feed Phosphates Producers €175 647 000 for Price-Fixing and market-sharing in first “hybrid” cartel settlement case*. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/985&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=fr>>. Acesso em: 28 dez. 2010. Ainda não se encontra disponível a versão pública do documento, conforme informação constante do sítio eletrônico da Comissão Europeia (http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38866/38866_1365_3.pdf).

26. DOJ, *The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All*, October 17, 2006. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/219332.htm>>. Acesso em: 21 dez. 2010, p. 1.

27. Nos Estados Unidos, o cartel é tipificado como ilícito criminal.

anticoncorrencial em questão²⁸ e, em contrapartida, o DOJ atenua a penalidade e se compromete a não propor outras ações a respeito dos respectivos fatos.

Diferentemente da legislação europeia, que define a eficiência administrativa e a otimização dos recursos como os principais objetivos do “cartel settlement”, a legislação norte-americana considera estes aspectos ganhos colaterais do sistema. Em realidade, o “plea agreement” nos Estados Unidos tem como propósito primordial propiciar cooperação às investigações empreendidas pelas autoridades antitrustes.²⁹

Por esse motivo, a qualquer momento pode a parte candidatar-se ao “plea agreement”, e ela geralmente o faz na fase das investigações, anteriormente à apresentação de uma acusação formal³⁰ – paralelamente, no Brasil, o TCC pode ser proposto até início da sessão de julgamento do processo administrativo relativo à prática investigada.³¹ Por ser a finalidade do “plea agreement” promover auxílio às investigações, os benefícios concedidos variam proporcionalmente à tempestividade e à relevância da colaboração da parte – similarmente ao que ocorre no Brasil.³² A título ilustrativo, tem-se que em um caso norte-americano, a empresa Crompton recebeu redução de aproximadamente 59% (mais de 70 milhões de dólares) em sua multa, assim como a garantia de proteção integral a certos executivos, por sua cooperação considerada exemplar na investigação de cartel na indústria química.³³

Ressalve-se, todavia, que, caso o representado não tenha qualquer auxílio relevante a prestar, por ter se “atrasado” em comparação a outros envolvidos na prática da infração, ainda assim pode gozar do “plea agreement”, se reportar às

28. Embora o artigo se concentre na utilização do “plea agreement” como ferramenta de repressão ao cartel, é importante esclarecer que, nos Estados Unidos, o instituto também é aplicado a outras infrações concorrenciais. Ao contrário, na União Europeia, o “cartel settlement”, como o próprio nome sugere, destina-se exclusivamente a solucionar casos de cartel.

29. DOJ, *Cartel Settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions*, June 6, 2008. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/235598.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2010, p. 6-7.

30. U.S. Model of Negotiated Plea Agreements cit., p. 6.

31. Art. 53, § 3.º, da Lei 8.884/1994.

32. DOJ, *Measuring the Value of Second-In Cooperation in Corporate Plea Negotiations*, March 29, 2006. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/215514.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2010, p. 11-14.

33. *United States v. Crompton Corporation*, No. CR 04-0079 MJJ (N.D. Cal. 2004). Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/cases/f214400/214448.htm>>. Acesso em: 21 dez. 2010.

autoridades outra infração concorrenciais da qual haja participado, sob a égide da “Anistia Plus”.³⁴

Ocorre que, como requisito mínimo para a celebração de um plea agreement, é exigido o reconhecimento de envolvimento na infração pelo interessado. Além de assegurar a viabilidade do programa de leniência, esta exigência pode servir de motivação ao próprio “plea agreement”, quando a leniência já não se revela possível. De fato, conforme já esclarecido, o DOJ assume o compromisso – condicionado ao sucesso do plea agreement – de não perseguir novas ações em relação à infração objeto da admissão de culpa. Tratando-se de pessoas jurídicas, a promessa pode se estender a outras empresas do mesmo grupo econômico e/ou a seus administradores e empregados.³⁵

Tendo a parte alguma contribuição a aportar, é preparada uma minuta de acordo, onde a autoridade antitruste estima a penalidade passível de imposição ao infrator. A minuta é, em seguida, submetida ao Poder Judiciário, cuja homologação é *conditio sine qua non* da obrigatoriedade do acordo. Havendo, pois, o aval do Judiciário, o “plea agreement” passa a se revestir da eficácia de um “consent decree”, razão pela qual Forgioni e outros doutrinadores sustentam ter o TCC inspiração neste instituto.³⁶

34. DOJ, *Criminal Enforcement of Antitrust Laws: the U.S. Model*. September 14, 2006. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/218336.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2010. Cumpre esclarecer que, na legislação norte-americana, a Anistia Plus é tradução do termo *Amnesty Plus* (e não *Leniency Plus*), e diz respeito a quem chegou atrasado na própria “corrida” do *plea agreement*. Quem chegou em segundo lugar na corrida da leniência já não pode gozar dos benefícios por ela proporcionados, e deve tentar o *plea agreement*, sob cuja égide recebe redução de pena proporcionalmente à tempestividade e à relevância da contribuição. Porém, caso a empresa haja chegado após vários outros partícipes na corrida do *plea agreement*, e já não tiver qualquer contribuição relevante a prestar, pode se candidatar à Anistia Plus.

35. U.S. Model of Negotiated Plea Agreements cit., p. 11, 15-16.

36. Para o esclarecimento do significado do instituto do “consent decree”, ver as definições reproduzidas por Paula Forgioni em sua obra (FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste* cit., p. 144-145): “Diz Milton Goldberg: ‘The consent decree is, of course, a compromise between two parties in a civil suit, the exact terms are fixed by negotiation between the parties and formalized by the signature of the federal district judge’ (GOLDBERG, Milton. *Nature, Purpose and Use of Consent Decrees*, *Bureau of Business and Economic Research*. Paper n. 08, Michigan State University, 1962. p. 1). Mais recentemente James Rob Savin: ‘The decree is essentially a court-approved contract between defendant and the Attorney General with the legal effect of a litigated judgment. Due to the frequency of their use, the dictates of consent decrees govern a substantial number of business

Ao examinar a minuta, deve o juiz averiguar se ela atende ao interesse público, nos termos do *Tunney Act*.³⁷ Segundo esta norma, além de protocolar a sua proposta e o Estudo de Impacto Competitivo (*Competitive Impact Statement*) junto ao tribunal, deve o governo publicar estes mesmos documentos no Jornal Oficial (*Federal Register*) e em outros jornais de grande circulação. O propósito desta exigência é dar ao público a oportunidade de se manifestar sobre o acordo. Os comentários eventualmente recebidos e as respostas a eles devem ser publicados no *Diário Oficial* e protocolados junto ao tribunal.

Embora a palavra final seja do Judiciário, a jurisprudência tem mostrado que, em regra, o juiz tende a acatar a sugestão da autoridade antitruste.³⁸ Tal fato, associado ao vasto índice de precedentes de “plea agreements” celebrados, confere aos potenciais interessados certa certeza e previsibilidade quanto ao que esperar.³⁹

No entanto, o fato de a penalidade ser arbitrada de forma variável e casuística, conforme as peculiaridades de cada caso, ainda pode suscitar certa insegurança. Esta, porém, é de certa forma mitigada pela possibilidade de se consultar os registros de casos anteriores, e, portanto, de se averiguar os termos dos acordos celebrados em circunstâncias semelhantes. Ademais, embora as negociações sejam mantidas em sigilo, uma vez concluída a minuta e submetida à apreciação do Judiciário, o “consent decree” torna-se público, de

and even entire industries”. Ademais, “the Tunney Act requires a district court to determine that a proposed consent decree is in the public interest before the court enters the decree as judgement. (...) A consent decree represents an agreement between the federal government and a defendant created to settle a pending antitrust action. (...) The settlement, once entered, is permanent and has the same res judicata and estoppel effects against the government as would a judgment after trial (SAVIN, James Rob. Tunney Act’96: two decades of judicial misapplication. Disponível em: <<http://www.law.emory.edu/ELJ/volumes/win97/savin.html>>).” Diante do exposto, conclui-se que, para efeitos de terminologia, “plea agreement” e “consent decree” representam facetas de uma mesma realidade. Ambos designam o acordo firmado entre o governo e uma pessoa acusada de infração à concorrência, pelo qual se busca resolver a situação, através de concessões recíprocas. Entretanto, enquanto o termo “plea agreement” se aplica ao acordo entre as partes, a expressão “consent decree” diz respeito ao acordo que recebeu o aval do Judiciário.

37. *Antitrust Procedures and Penalties Act*. Pub.L. 93-528, 88 Stat. 1708, enacted December 21, 1974, 15 U.S.C. § 16. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/uscode/15/16.html>>. Acesso em: 22 dez. 2010.

38. U.S. Model of Negotiated Plea Agreements cit, p. 6-7.

39. Idem, ibidem, p. 18-20.

modo que o infrator pode ter uma noção de quantos outros partícipes se submeteram ao plea agreement, e por conseguinte, da extensão da cooperação que ainda estaria apto a prover.

Pelo exposto, constata-se que, tal como concebido, o sistema de “plea agreement” pode proporcionar ganhos a todos os envolvidos. A Administração recebe cooperação, e por via dela, momentum nas investigações. Saliente-se também que, em face dos limitados recursos de que dispõe a autoridade antitruste, o “consent decree” permite a realização dos resultados desejados em um determinado setor da economia, sem que a Administração seja obrigada a despender os recursos e o tempo normalmente requeridos para a obtenção de uma sentença judicial.⁴⁰ Ademais, com o “consent decree” haveria a segurança do resultado, enquanto o sucesso da demanda não é certo.

O representado, por sua vez, obtém redução das penalidades às quais estaria sujeito, além de contar com a transparência, a certeza e a credibilidade de um instituto sistematicamente desenvolvido e consolidado pela jurisprudência norte-americana ao longo dos anos.⁴¹ Ressalte-se que, do ponto de vista da empresa, as vantagens seriam:⁴² (a) redução do trabalho a ser realizado e dos recursos a serem despendidos, se comparados àqueles ligados ao processo; (b) foco dos executivos à atividade empresarial e não ao problema judicial; (c) prevenção dos efeitos danosos à imagem normalmente advindos de uma condenação; e, (d) segurança de uma não condenação, pois, como lembram Isenbergh e Rubin, “dadas as circunstâncias, o consent decree, ao oferecer a única garantia de escapatória de eventual multa ou pena privativa de liberdade, tende a seduzir até o mais resistente homem de negócios”.⁴³

Assim, esse instrumento é largamente utilizado nos Estados Unidos, constituindo um dos principais instrumentos de aplicação das leis antitruste. Seu emprego vem crescendo e, nos últimos anos, algumas das práticas que causaram maior repercussão foram assim resolvidas. O sucesso desse binômio “plea agreement” / “consent decree” é corroborado pelas estatísticas do DOJ, de acordo com as quais, em 2006, estimava-se que noventa por cento dos acusados de prática anticoncorrencial haviam optado por celebrar o acordo.⁴⁴

40. GOLDBERG, Milton. Op. cit., p. 3.

41. Measuring the Value of Second... cit.

42. GOLDBERG, Milton. Op. cit., p. 3.

43. ISENBERGH, Maxwell S.; RUBIN, Seymour J. Antitrust Enforcement through Consent Decrees. *Harvard Law Review* 53/389, 1939: “under the circumstances, the consent decree, offering as it does the only certain avenue escape from possible fine or imprisonment, must tempt the hardest business man”.

44. U.S. Model of Negotiated Plea Agreements cit, p. 1.

2.2.1 Estudo de caso: recusa de "plea agreement"/"consent decree" no caso Microsoft Corporation

Os impactos do "plea agreement" sobre a concorrência de determinado mercado relevante, e, destarte, sobre o interesse público, foram objeto de consideração do Juiz Stanley Sporkin do Tribunal do Distrito de Columbia (*U.S. District Court for the District of Columbia*), por ocasião da análise do "plea agreement" estabelecido entre o DOJ e a Microsoft Corporation, com vistas à cessação de certas condutas anticompetitivas supostamente levadas a cabo pela Microsoft no mercado de *software*.

Conforme esclarecido acima, para ser eficaz e legalmente vinculante, todo "plea agreement" deve ser homologado pelo Poder Judiciário e se revestir da formalidade do "consent decree". Em sua análise, o Judiciário deve considerar, *inter alia*, se o acordo proposto atende ou não ao interesse público, nos termos do *Tunney Act*.

De acordo com o Juiz Sporkin, o "plea agreement" entre o DOJ e a Microsoft não constituía um mecanismo efetivo de proteção à concorrência, e, por esse motivo, não atendia às exigências do interesse público. A sua conclusão se assenta em quatro fundamentos. Primeiramente, o governo teria se recusado a apresentar algumas informações requeridas pelo juízo,⁴⁵ tidas como necessárias a um adequado exame da questão da observância ou não do interesse público. Em segundo lugar, o escopo do acordo seria demasiado restrito e não abrangeria diversos produtos relevantes da Microsoft. Em terceiro lugar, as partes teriam se silenciado a respeito de determinadas práticas anticoncorrenciais que a Microsoft certamente continuaria a empregar no futuro. Finalmente, entendeu o juízo que os mecanismos de implementação e adimplemento do acordo seriam insatisfatórios.⁴⁶

45. As informações solicitadas são as seguintes: (I) por que o acordo não abrange todos os produtos de sistemas operacionais da Microsoft? (II) como o acordo restituiria equilíbrio competitivo ao mercado de sistemas operacionais? (III) por que o acordo não deveria ser alterado para incluir cláusulas que: (i) estabeleceriam, na Microsoft, uma barreira entre o desenvolvimento de softwares de sistemas operacionais e o desenvolvimento de sistemas de aplicação; (ii) impediriam a Microsoft de se envolver na prática do "vaporware"; (iii) determinariam à Microsoft que divulgasse todas as instruções de seus softwares de sistemas operacionais destinadas a dar a Microsoft uma vantagem sobre seus competidores no mercado de softwares de aplicação (GILBERT, Richard J. *Networks, Standards, and the Use of Market Dominance: Microsoft (1995)*). Disponível em: <http://www.us.oup.com/us/pdf/kwoka/0195120159_17.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2010, p. 421).

46. *United States of America, Plaintiff, v. Microsoft Corporation, Defendant*, United States District Court for the District of Columbia, Civil Action n. 94-1564 (Stan-

Posteriormente, por força de recursos interpostos tanto pelo governo quanto pela Microsoft, a Corte de Apelações do Distrito de Columbia (*Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*) decidiu que o juízo de primeira instância havia excedido a sua autoridade sob o *Tunney Act*, e determinou a aprovação do "consent decree", impondo inclusive o afastamento do Juiz Sporkin do caso.⁴⁷

Apesar de a rejeição do "consent decree" ter sido reformada pela segunda instância, o caso da Microsoft demonstra que, assim como no Brasil, a aprovação do "plea agreement", nos Estados Unidos, pressupõe a demonstração de que este representa um instrumento eficaz de defesa da concorrência no caso concreto.

Por óbvio, os parâmetros para esta avaliação variam conforme as peculiaridades de cada realidade nacional e as circunstâncias fáticas do caso em apreço. Todavia, a diretriz comum que deve orientar qualquer decisão acerca da celebração ou não de um acordo, independentemente da jurisdição, é a consciência de que este faz parte de um contexto mais abrangente – qual seja: a defesa da concorrência – e só deverá ser celebrado quando não frustrar a consecução deste propósito e não prejudicar outros instrumentos aptos a tanto, com destaque ao acordo de leniência. Com essa perspectiva, procedemos agora à análise da aplicação do TCC no Brasil.

3. Teoria e prática do TCC no Brasil

3.1 Histórico do TCC no Brasil

O TCC encontra previsão legislativa no caput do art. 53 da Lei 8.884/1994, cuja redação original dispunha: "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 anali-

ley Sporkin). Order Re Motion to Approve the Consent Decree. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/cases/f0100/0101.htm>>. Acesso em: 22 dez. 2010; *United States of America, Plaintiff, v. Microsoft Corporation, Defendant*, United States District Court for the District of Columbia, Civil Action No. 94-1564 (Stanley Sporkin) [filed March 14, 1995]. Order. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/cases/f0100/0131.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2010, p. 3.

47. *United States of America, Appellee v. Microsoft Corporation, Appellant*, United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001). Disponível em: <<http://openjurist.org/253/f3d/34/united-states-of-america-v-microsoft-corporation>>. Acesso em: 22 dez. 2010.

sada". A lei exigia que o acordo prevísse cláusula de cessação de prática, multa por descumprimento e a obrigação de apresentar relatórios periódicos.

Com o advento da Lei 10.149/2000, foi acrescido o § 5.º a esse artigo, que determinou a sua não aplicabilidade às condutas concertadas descritas nos incisos I, II, III e VIII do art. 21 da Lei Antitruste. Essa restrição resultou na impossibilidade de se celebrar TCC em casos de cartel.⁴⁸

Finalmente, as alterações promovidas pela Lei 11.482/2007 voltaram a permitir a celebração de TCCs em casos de cartel,⁴⁹ na medida em que o novo *caput* do art. 53 estabeleceu que

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.

Adicione-se que se passou a exigir, também, que o TCC preveja, nos casos dos incisos I, II, III e VIII do art. 21 dessa Lei (que incluem os cartéis), a contribuição pecuniária obrigatória ao Fundo de Direitos Difusos (doravante FDD),

48. Essa mudança legislativa trouxe uma importante discussão de direito intertemporal, pois a Procuradoria do CADE se pronunciou no sentido de que a restrição estabelecida pela Lei 10.149/2000 seria imediatamente aplicável aos casos em curso, eis que não haveria direito adquirido ao julgamento pela lei existente à data do fato, e também que a inovação legal seria de natureza jurídica processual e, portanto, teria aplicabilidade imediata aos processos em curso. No entanto, parte da doutrina se posicionou contrariamente a esse entendimento, como: TURRA, Leonardo Canabrava. Do compromisso de cessação de prática no sistema brasileiro de defesa da concorrência: considerações sobre a sua natureza jurídica, compulsoriedade de celebração pela Administração Pública e questões de direito intertemporal. *Revista IOB de Direito Administrativo*, n. 6, jun. 2006, p. 142-156.
49. O cartel, definido por João Bosco Leopoldino da Fonseca como acordo entre empresas concorrentes para reduzir produção, para acordar a respeito de níveis ou para vender a um preço ajustado entre elas, constitui uma das práticas mais lesivas ao ambiente concorrencial. Forgioni o define como "acordo entre agentes econômicos, que atuam no mesmo mercado relevante, destinados a regular ou neutralizar a concorrência entre eles e que tem seu objetivo ou efeito tipificado no art. 20 da Lei 8.884/1994" (FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste* cit., p. 144-145). Assim, além de eliminar agentes econômicos do mercado, há o desestímulo a inovações tecnológicas e prejuízo ao bem estar do consumidor. Segundo estimativas da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), os cartéis geralmente acarretam aumento de preço de, aproximadamente, 10 (dez) a 20 % (vinte por cento) em relação ao preço em um mercado competitivo (www.ocde.org).

no valor mínimo de um por cento do faturamento bruto da empresa no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável (art. 53, § 2.º c/c art. 23 da Lei 8.884/1994).⁵⁰

Os requisitos do TCC, por sua vez, estão previstos no § 1.º do art. 53 da Lei 8.884/1994, quais sejam: a cessação da prática, a fixação de multa por descumprimento e a contribuição ao FDD, quando cabível. Em seguida, a Resolução 46 do CADE, de 04.09.2007, veio regulamentar essa mudança legislativa, de modo a alterar os arts. 129 e 130 do Regimento Interno do próprio Conselho. No art. 129-A, exigiu-se que na proposta de TCC constem os seguintes elementos: cessação de prática, contribuição pecuniária ao FDD, adoção de um programa de *compliance*,⁵¹ e, em caso de empresa e/ou administrador, apresentação do valor do faturamento bruto anual da empresa no exercício anterior à instauração do processo administrativo ou averiguação preliminar, conforme o caso. Percebe-se, portanto, que a Resolução 46 inovou ao prever a adoção do programa de *compliance*, já que não é este expressamente previsto na lei.⁵²

Cumprе ressaltar que os dispositivos da Resolução 46 encontram-se sob a Consulta Pública 08/2010 do CADE. As principais propostas de mudança, sujeitas à contribuição da sociedade, são: (a) eliminação da exigência de observância dos requisitos elencados no art. 129-A, com o intuito de flexibilizar o acordo e permitir um maior parâmetro de negociação; (b) que o protocolo do requerimento de termo de compromisso não implique em confissão quanto à matéria fática nem em reconhecimento da ilicitude da conduta; (c) concessão de poder ao Conselheiro-Relator para suspender o prazo das negociações, a

50. Paula Forgioni traz à tona a discussão a respeito da quantia a ser paga em um TCC. Diz: "Muito se tem reclamado dos acordos celebrados nos casos de acusação de cartel porque as quantias pagas a título de multa estariam incrivelmente aquém dos benefícios auferidos pelo conluio ao longo dos anos. Sendo bastante difícil determinar qual o lucro auferido por conta da prática espúria, às empresas seria facultado 'pagar' quantia irrisória para livrar-se de penalizações maiores" (*Os fundamentos do antitruste* cit., p. 144-145).
51. *Compliance* deve ser entendido, para efeitos do presente artigo, como a adoção de um programa de prevenção de infrações à ordem econômica, nos termos do art. 129-A da Resolução n. 46 do CADE.
52. A aludida "inovação" da Resolução n. 46 do CADE em face da Lei 8.884/1994 traz discussões a respeito da legalidade desse requisito. No entanto, importante frisar que o presente artigo cinge-se à análise dos parâmetros para a efetividade do instrumento do termo de compromisso de cessação, sem adentrar no mérito da legalidade desse requisito.

fim de realizar diligências; e, (d) a previsão do valor da prestação pecuniária, caso esta seja proposta no TCC.

Em todo caso, os requisitos atualmente impostos pela Resolução 46 são meramente exemplificativos, afirmação que se comprova pela jurisprudência do CADE em TCCs, pois outros requisitos podem ser considerados *standards*, ou pelo menos, frequentes – como é o caso de confissão de culpa quando já existe acordo de leniência nos autos do mesmo processo.

Quanto ao procedimento de negociação do TCC, a principal mudança, introduzida pela Resolução 51 do CADE, de 04.02.2009, diz respeito à instituição de uma comissão técnica de negociação no âmbito do Conselho. Em síntese, os Conselheiros-Relatores continuam a ser responsáveis pela negociação dos TCCs, mas eles serão sempre assessorados por uma comissão, composta por no mínimo três servidores. A comissão nomeada é responsável por informar o andamento da negociação ao Conselheiro-Relator e apresentar relatório final com recomendação fundamentada pelo acolhimento ou rejeição da proposta de TCC pelos investigados – relatório este não vinculante. Observa-se, pois, que o objetivo principal das comissões é que estas apóiem maior capacidade analítica, transparência e uniformidade para as negociações do CADE, por meio do aproveitamento do histórico acumulado em negociações anteriores.

No que concerne às atividades da comissão, o Conselheiro Fernando Furlan, no 16.º Seminário Internacional de Direito da Concorrência do IBRAC – na ocasião como Presidente interino do CADE, esclareceu que a comissão de negociação de TCC tem mandato expresso, sendo que apenas na primeira e na última reunião com as partes o Conselheiro-Relator participa. Isso, no entanto, não significaria que o Relator não tenha controle do andamento do processo. De fato, segundo o então Presidente interino do CADE, a prática teria demonstrado que o Conselheiro-Relator tem esse controle, inclusive interagindo com a comissão de negociação, caso necessário. No entanto, esse relativo “afastamento” justifica-se como forma de se garantir a independência do julgador, que não estaria eventualmente impedido de divergir do relatório da comissão.

As breves considerações acima sobre as mudanças legislativas sofridas pelo TCC atestam o quão recente é a discussão da matéria no Brasil. Demonstram, outrossim, o caráter “em construção” desse remédio antitruste, conforme bem expresso pelo Conselheiro Carlos Emmanuel Ragazzo no *supra* mencionado Seminário do IBRAC de 2010. Segundo ele, eventuais erros já cometidos seriam, passo a passo, corrigidos por meio do fortalecimento deste instrumento e da definição dos seus contornos.

Assim, verificando que estamos vivendo um período de consolidação do TCC no Direito Concorrencial brasileiro, encontramos-nos diante de terreno extremamente fértil à análise dos requisitos essenciais à sua efetividade enquanto instrumento de defesa da concorrência. Destarte, proceder-se-á à análise e à identificação dos aludidos requisitos no tocante aos termos de compromisso de cessação celebrados no contexto específico da prática de cartel. Para tanto, serão abordados, inicialmente, alguns aspectos teóricos desse remédio antitruste. Em seguida, expor-se-á o posicionamento da SDE sobre a matéria, bem como um estudo da recusa de TCC no caso do “cartel dos cimentos”. Logo após, promover-se-á uma análise dos TCCs celebrados até então pelo CADE nos casos de cartel.

3.2 Aspectos teóricos da celebração do TCC

Embora a análise dos custos e benefícios advindos da celebração de um TCC pressuponha a consideração das peculiaridades inerentes a cada realidade nacional, algumas variáveis são objeto de preocupação das autoridades antitrustes em geral.

Conforme anteriormente elucidado, tanto o *cartel settlement* da União Europeia, quanto o “plea agreement” / “consent decree” dos Estados Unidos, e o TCC do Brasil constituem método de solução de controvérsias delicado sob a ótica antitruste. Sustenta o Prof. João Bosco Leopoldino da Fonseca que o objetivo primordial da existência e concretização do compromisso de cessação, para a Administração, seria o de fazer cessar a prática dos atos que ela entende estarem em conflito com a ordem econômica.⁵³ Por outro lado, por parte do agente econômico, interessa não dedicar o seu tempo de atividade empresarial em processos de desfecho incerto e, acima de tudo, de longa duração.

Embora possa contribuir sobremaneira à consecução dos objetivos de celeridade administrativa e preservação do interesse público, o remédio antitruste em apreço impõe desafios. Estes devem ser resolvidos com cuidado, caso se pretenda que o acordo seja um verdadeiro instrumento de defesa da concorrência, e não um instrumento traiçoeiro, propiciador de solução imediata ao problema, mas prejudicial ao sistema como um todo.

Nesse sentido, particularmente difícil é encontrar o equilíbrio, almejado em todas as jurisdições ora analisadas, entre o TCC e os demais instrumentos de repressão às práticas anticoncorrenciais – com destaque ao acordo de leniência. Relembremos que este equilíbrio é fundamental para um sistema coerente e bem sucedido de defesa à concorrência, e, conseqüentemente, para a salvaguarda do interesse público.

53. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Op. cit., p. 328.

Em síntese, diante dos potenciais benefícios proporcionados pelo TCC a todos os envolvidos, a sua celebração deve ser encorajada, e deve ele se revestir de certos atrativos em comparação ao prosseguimento do litígio. Porém, não pode o acordo oferecer benefícios tão significativos a ponto de se tornar uma alternativa mais vantajosa do que a delação, inviabilizando a leniência, ou impor uma multa insuficiente de modo que as empresas concordem em pagar para violar as normas de proteção à concorrência.

Isto é, deve-se planejar o TCC de modo que o infrator busque, como primeira opção, a leniência, e não sendo ela possível (seja porque perdeu a “corrida” para a delação, seja porque o momento não é mais adequado à proposição), esteja ainda disposto a negociar um acordo.⁵⁴ É necessário assegurar, outrossim, que este acordo possa dissuadir futuras infrações à concorrência, e não seja encarado como mero custo com o qual determinada empresa esteja disposta a arcar para prosseguir em sua conduta violatória.

Discutiremos, a seguir, a maneira pela qual todos estes elementos são sopesados por ocasião da celebração de TCC sob a égide do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

3.3 Do posicionamento da SDE quanto ao TCC em caso de cartel

A Secretaria de Direito Econômico publicou, em fevereiro de 2008, estudo sobre “Termo de Cessação de Prática em casos de cartel”.⁵⁵ A SDE entende que a celebração de um TCC apenas atenderá ao interesse público se os termos do acordo forem aptos a preservar o programa de leniência (à semelhança do que ocorre na União Europeia e nos Estados Unidos); dissuadir futuras práticas lesivas à concorrência; e, não criar obstáculos à persecução administrativa e criminal de cartéis, ou a ações privadas de indenização por danos causados por tal prática anticoncorrencial.

Em síntese, a SDE se pauta pelos seguintes critérios, para emitir o seu parecer a respeito das propostas de TCCs apresentadas ao CADE em casos de cartéis. Havendo acordo de leniência, as propostas de TCC de pessoas físicas e jurídicas devem conter, ao menos: (a) confissão de participação na prática, cujos termos correspondam, no mínimo, àqueles do acordo de leniência; (b) reconhecimento da legalidade da diligência de busca e apreensão – se apli-

54. International Competition Network – Cartel Working Group – Subgroup 1 – General Legal Framework. *Cartel Settlements*. Report to the ICN Annual Conference, Kyoto, Japan, April 2008. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc347.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2010, p. 7.

55. SDE. *Política da SDE em Termo de Cessação de Prática em casos de cartel*. Fevereiro de 2008. Disponível em: <www.mj.gov.br/sde>. Acesso em: 28 dez. 2010.

cável; (c) obrigação de cooperação ativa na investigação – e não meramente técnica; (d) contribuição pecuniária em valor que garanta efeito dissuasório; e (e) não criação de obstáculos à persecução criminal e às ações privadas de indenização.

Tratando-se de cartel clássico,⁵⁶ com prova direta e sem acordo de leniência, erigem como requisitos mínimos das propostas de TCC das pessoas jurídicas: (a) reconhecimento de participação na prática; (b) reconhecimento da legalidade da diligência de busca e apreensão – se aplicável; (c) obrigação de cooperação ativa na investigação – e não meramente técnica; (d) contribuição pecuniária em valor que garanta efeito dissuasório; e (e) não criação de obstáculos à persecução criminal e às ações privadas de indenização.

Nas propostas de TCC de pessoas físicas, em caso de investigação de cartel clássico, com prova direta e sem acordo de leniência, deve haver, ao menos: (a) reconhecimento da legalidade da diligência de busca e apreensão – se aplicável; (b) obrigação de cooperação na investigação; (c) contribuição pecuniária em valor que garanta efeito dissuasório; e (d) não criação de obstáculos à persecução criminal e às ações privadas de indenização.

Finalmente, as propostas de TCC de pessoas jurídicas e pessoas físicas, em casos de investigações de cartéis difusos⁵⁷ e sem acordo de leniência, devem conter, ao menos: (a) reconhecimento da legalidade da diligência de busca e apreensão – se aplicável; (b) contribuição pecuniária em valor que garanta efeito dissuasório; e (c) não criação de obstáculos à persecução criminal e às ações privadas de indenização.

3.3.1 Estudo de caso: recusa de TCC no caso do “cartel do cimento”

O então Conselheiro do CADE, Paulo Furquim de Azevedo, no Requerimento para celebração de TCC 08700.004992/2007-43, formulado pela sociedade CCB-Cimpor Cimentos do Brasil Ltda., a respeito de investi-

56. Cartéis clássicos devem ser entendidos como “acordos secretos entre competidores com alguma forma de institucionalidade, com o objetivo de fixar preços e condições de venda, dividir consumidores, definir nível de produção (...), [cuja] ação não decorre de uma situação eventual de coordenação, mas da construção de mecanismos decorre para alcançar seus objetivos”. CADE. Processo Administrativo 08012.002127/2002-14 – Cartel das Britas. Voto do Conselheiro-Relator, Luiz Carlos Delorme Prado. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000223861551.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2010.

57. Cartéis difusos devem ser entendidos como “um ato de coordenação da ação entre as empresas com objetivo similar ao do cartel clássico, mas de caráter eventual e não institucionalizado”. Processo Administrativo 08012.002127/2002-14, cit.

gação de suposta conduta concertada nos mercados de cimento e concreto,⁵⁸ delineou, com base no recém-mencionado estudo da SDE, alguns princípios que devem orientar a decisão da autoridade antitruste quanto à celebração ou não de TCC em determinado caso.

Segundo o Conselheiro, seriam cláusulas obrigatórias de qualquer TCC: (a) a determinação da cessação da prática delituosa; (b) a cominação de multa ao seu inadimplemento; e (c) a previsão de recolhimento de contribuição pecuniária ao Fundo de Direitos Difusos. Por outro lado, seriam cláusulas facultativas: (a) o reconhecimento de culpa do infrator; (b) o compromisso de colaboração com as autoridades; e (c) a redução da multa eventualmente cominada.⁵⁹

O seu posicionamento difere, portanto, das legislações da União Europeia e dos Estados Unidos – que, como visto, consagram estes últimos elementos como verdadeiros requisitos do “cartel settlement” e do “plea agreement” / “consent decree”, respectivamente. Para Furquim, não obstante sejam eles de fato essenciais para garantir a efetividade do TCC enquanto ferramenta de defesa da concorrência em alguns casos, em outros, poderiam frustrar a celebração de acordos que, independentemente deles, seriam vantajosos.

Esclarecemos: a fim de se assegurar a credibilidade e a viabilidade do acordo de leniência, se este já houver sido firmado, os termos de compromisso de cessação eventualmente celebrados nos autos do mesmo processo devem necessariamente conter a admissão de culpa, o compromisso de cooperação e a previsão de uma contribuição pecuniária relativamente elevada,⁶⁰ dotada de efeito dissuasório. Em não havendo leniência, mas não sendo os custos de reconhecimento da culpa e da colaboração tão elevados a ponto de inviabilizar qualquer negociação, o TCC também deverá trazer previsão nesse sentido. Contudo, nesse caso, os termos do TCC deverão ser mais gravosos do que o do acordo de leniência, de modo a encorajar a parte a buscar a leniência como primeira opção.

Caso as partes não estejam dispostas a admitir a sua participação na infração, ainda seria possível firmar um TCC, se assim recomendassem as circuns-

58. CADE. Requerimento 08700.004992/2007-43 (referente ao Processo Administrativo 08012.011142/2006-79). Requerente: CCB – Cimpor Cimentos do Brasil Ltda. Voto do Conselheiro Relator, Paulo Furquim de Azevedo. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000405511596.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2010.

59. Idem, ibidem, p. 6.

60. Observe-se que a imposição de contribuição pecuniária baixa ou a concessão de desconto deveras elevado sobre a multa aplicável, além de não dissuadirem futuras práticas anticoncorrenciais, podem ter outro efeito deletério, qual seja: atrair inocentes ao grupo de interessados no TCC, o que não é socialmente desejável.

tâncias do caso concreto. Este TCC, entretanto, não deveria conceder qualquer desconto sobre a multa porventura aplicada, estando aberto tão somente àqueles que tenham grande interesse em encerrar o litígio com a Administração.⁶¹

Aplicando estes princípios ao caso em apreço, o Conselheiro Furquim decidiu por rejeitar a proposta de TCC apresentada pela Cimpor Cimentos do Brasil Ltda. Foi a aludida proposta julgada insuficiente, pelas seguintes razões: primeiramente, não preconizava qualquer admissão de culpa ou cooperação com as autoridades, embora fossem desejáveis; em segundo lugar, não trazia qualquer reconhecimento acerca da legalidade das buscas e apreensões realizadas no estabelecimento da Requerente – aspecto este que havia sido objeto de litigância entre esta e a Administração; por fim, o percentual de contribuição pecuniária sugerido (2,5% sobre o faturamento da sociedade em 2006) foi considerado significativamente baixo, e, por conseguinte, desprovido de efeito dissuasivo.

Observou ainda o Conselheiro que em casos similares de cartel, a política do CADE consistia em exigir contribuição não inferior a 15% do faturamento das empresas envolvidas. Finalmente, nos autos do mesmo processo administrativo, já havia sido firmado TCC cujos termos impunham contribuição muito superior àquela proposta pela Requerente, tanto em valores absolutos quanto relativos. Destarte, aceitando o TCC tal como sugerido pela requerente, o CADE estaria contrariando a sua Resolução 46/2007, segundo a qual, dentre os fatores a serem considerados no arbitramento da contribuição pecuniária, encontra-se o momento da propositura do compromisso, de modo que quanto mais cedo esta se dá, menor será a contribuição pecuniária.⁶²

Passada a exposição do “leading case”⁶³ de recusa de celebrar TCC pelo CADE, convém analisar o que vem sendo requerido pelo CADE para a sua celebração, com base em sua jurisprudência.

3.4 Da jurisprudência do CADE

Desde a publicação da Lei 8.884/1994 até dezembro de 2010, o CADE celebrou 59 TCCs.⁶⁴ Desse total, 33 foram celebrados em processos administra-

61. Requerimento 08700.004992/2007-43, cit., p. 28-29.

62. Idem, p. 29-32.

63. Outro *leading case* nessa temática é o voto do Conselheiro Carlos Emmanuel Razzazo no Requerimento 08700.001369/2009-09, que consubstancia uma análise do TCC como instrumento na prática. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000451701466.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2010.

64. Número total contido no site do CADE, disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?162af83bd533f90fe62617ee3bee35cf26e542d150c3>>. Acesso em: 28 dez. 2010.

tivos em que se investigavam condutas uniformes e 26 foram celebrados em processos administrativos que investigavam práticas diversas, como, por exemplo, fechamento de mercado, práticas discriminatórias, dentre outras. O presente trabalho, no entanto, conforme explicitado, cinge-se à análise dos TCCs em casos de cartel, dada a controvérsia entre advogados, juristas em geral, SDE e Conselheiros do CADE quanto aos requisitos a serem exigidos nessa hipótese, para que se possa efetivamente dissuadir (e não incentivar) a prática do cartel.

Tem-se a seguinte tabela referente aos TCCs em casos de cartel celebrados pelo CADE até dezembro de 2010:

Tabela 1 – TCCs em casos de cartel

Número do Processo	Compromissário	Data de celebração
08000.012720/1994-74	Banco Peres Citrus S.A.	31.10.1995
08000.012720/1994-74	Cambuhy Citrus Comercial e Exportadora Ltda.	31.10.1995
08000.012720/1994-74	Cargil Citrus Ltda.	31.10.1995
08000.012720/1994-74	Citrosuco Paulista S.A.	31.10.1995
08000.012720/1994-74	Comércio e Indústrias Brasileiras Coinbra S.A.	31.10.1995
08000.012720/1994-74	Royal Citrus Ltda.	31.10.1995
08000.012720/1994-74	Sucocítrico Cutrale Ltda	31.10.1995
08000.012720/1994-74	Bascitrus Agroindustrial S.A.	31.10.1995
08000.012720/1994-74	Citrovita Androindustria Ltda.	31.10.1995
08000.012720/1994-74	CTM Citrus S.A.	31.10.1995
08000.016384/1994-11	Fertibras S.A. Adubos e Inseticidas	07.03.1996
08000.016384/1994-11	Ferifos Administração e Participação S.A.	07.03.1996
08000.016384/1994-11	Fertiza Companhia Nacional de Fertilizantes S.A.	07.03.1996
08000.016384/1994-11	IAP S.A.	07.03.1996
08000.016384/1994-11	Manah S.A.	07.03.1996
08000.016384/1994-11	Solorrco S.A.	07.03.1996
08000.016384/1994-11	Tenekaka S.A. Indústria e Comércio	07.03.1996
08000.016384/1994-11	Ultrafétil S.A.	07.03.1996
08012.002493/2005-16	JBS S.A. (Friboi Ltda.)	28.11.2007
08012.002493/2005-16	Wesley Mendonça Batista	28.11.2007
08012.002493/2005-16	Artemio Listoni	28.11.2007

Número do Processo	Compromissário	Data de celebração
08700.004221/2007-56	Lafarge Brasil S.A.	28.11.2007
08700.005281/2007-96	Alcan Embalagens do Brasil Ltda. e Marco A. F. Santos	23.07.2008
08700.001882/2008-10	Bridgestone Corporation	27.08.2008
08700.005321/2008-81	Manuli Hidráulica do Brasil Ltda.	21.01.2009
08700.002312/2009-19	Trelleborg Industries SAS	16.09.2009
08700.002248/2009-76	Gerson Veríssimo	17.06.2009
08700.001369/2009-09	Whirlpool S.A. e outros	30.09.2009
08700.003321/2009-27	José Aluizio Malagutti	30.09.2009
08700.003621/2009-14	Walter Sebastião Desiderá	30.09.2009
08700.003622/2009-51	Mauro de Carvalho Mendonça	30.09.2009
08700.001913/2008-12	Associação das Autoescolas e outro	07.10.2009
08700.002933/2009-01	União Brasileira de Avicultores e Ariel Antônio Mendes	09.06.2010

A primeira observação que se pode fazer, com base nesta tabela e na análise de todos os TCCs celebrados com o CADE até a presente data, é que não obstante a quantidade crescente de TCCs firmados ao longo dos anos, tal fenômeno ocorre concomitantemente ao aumento do número de acordos de leniência.⁶⁵ Como bem observado pelo ex-Conselheiro Furquim,⁶⁶ essa constatação demonstra que ambos os instrumentos de política antitruste vêm sendo implementados como complementares, e não como excludentes, como arguiam alguns.

A segunda observação a ser feita é que as obrigações assumidas nos TCCs supraelencados variam substancialmente ao longo dos anos. Utilizando-nos da valiosa metodologia proposta por Vicentini,⁶⁷ a tabela abaixo demonstra se foram ou não exigidos os seguintes requisitos para a celebração do TCC: obrigação de cessação imediata da prática; adoção de um programa de *compliance*;

65. Comentário como ouvinte na palestra sobre Acordos em casos de cartel, por ocasião do 16.º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência do IBRAC, 26.11.2010.

66. Idem.

67. VICENTINI, Pedro C. A confissão de culpa nos termos de compromisso de cessação: requisito essencial ou prescindível, face ao programa de leniência? *Revista do IBRAC*, n. 17, São Paulo: Singular, 2010, p. 252-274.

previsão de contribuição pecuniária; colaboração com a investigação;⁶⁸ confissão – levando em conta a prévia celebração ou não de acordo de leniência por um dos investigados.

Tabela 2 – Requisitos para um TCC em casos de cartel

Compromissário	Requisitos					Leniência
	Cessação imediata	Compliance	Contribuição pecuniária	Colaboração com a investigação	Confissão	
Banco Peres Citrus	X	-	-	-	-	-
Cambuhy Citrus	X	-	-	-	-	-
Cargil Citrus Ltda.	X	-	-	-	-	-
Citrosuco Paulista	X	-	-	-	-	-
Coinbra	X	-	-	-	-	-
Royal Citrus	X	-	-	-	-	-
Sucocítrico Cutrale	X	-	-	-	-	-
Bascitrus	X	-	-	-	-	-
Citrovita	X	-	-	-	-	-
CTM Citrus	X	-	-	-	-	-
Fertibras	X	-	-	-	-	-
Ferifos	X	-	-	-	-	-
Fertiza	X	-	-	-	-	-
IAP	X	-	-	-	-	-
Manah	X	-	-	-	-	-
Solorríco	X	-	-	-	-	-
Tenekaka	X	-	-	-	-	-
Ultrafétil	X	-	-	-	-	-
JBS (Friboi)	X	X	X	-	-	-
Wesley M. Batista	-	-	X	-	-	-
Artemio Listoni	X	-	X	-	-	-
Lafarge	X	X	X	X	-	-
Alcan Embal. e Marco A. F. Santos	X	X	X	X	-	-
Bridgestone	X	-	X	X	X	X

68. Essa nomenclatura foi modificada por nós de “contribuição com a investigação” para “colaboração ativa com a investigação”, a fim de uniformizar os termos ao longo deste artigo.

Compromissário	Requisitos					Leniência
Manuli	X	-	X	X	X	X
Trelleborg	X	-	X	X	X	X
Gerson Veríssimo	X	X	X	X	X	X
Whirpool	X	X	X	X	X	X
José Aluizio Malagutti	X	X	X	X	X	X
Walter Sebastião Desiderá	X	X	X	X	X	X
Mauro C. Mendonça	X	X	X	X	X	X
Autoescolas	X	X	X	X	X	-
Avicultores Ariel A. Mendes	X	X	X	-	-	-

Várias são as constatações que se pode extrair da tabela acima. Primeiramente, é visível que até 1996, para a celebração de um TCC, era requerida tão somente a cessação imediata da prática pelo investigado. Entre 1996 e 2007, não foram celebrados TCCs pertinentes ao escopo deste trabalho (i.e., relativos a cartel), em razão da instituição da Lei 10.149/2000, que restringiu a possibilidade de sua utilização do instrumento. Em 2007, no entanto, tal impedimento foi revogado pela Lei 11.482.

A partir desse ano, portanto, a celebração de TCCs em casos de cartel voltou a ser uma opção para os investigados. Para tanto, contudo, a cessação imediata da prática deixou de ser suficiente, e a adoção do programa de *compliance*,⁶⁹ inserido na Resolução 46 do CADE, tornou-se exigência cada vez mais frequente. A partir de 2008, possivelmente pelo fortalecimento do instituto do acordo de leniência, os TCCs passaram a exigir a confissão de culpa, a fim de que não fossem concedidos mais incentivos aos signatários de TCC, em detrimento dos signatários de acordo de leniência, e, por conseguinte, que o TCC fosse uma opção apenas quando a leniência já não se revelasse

69. Os programas de *compliance* antitruste, também conhecidos como programas de prevenção a infrações à ordem econômica ou de conformidade à legislação de defesa da concorrência, são adaptações de programas empresariais voltados pra prevenir a ocorrência de práticas ilícitas ou inapropriadas no cotidiano de uma determinada empresa ou associação de empresas (RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. Programas de *compliance* antitruste. *Desafios atuais da regulação econômica e concorrência*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 330).

possível. Ademais, a colaboração com a investigação se tornou requisito quase imprescindível, assim como a contribuição pecuniária em níveis cada vez mais elevados.

A partir da tabela, percebe-se, igualmente, que o CADE vem firmando uma jurisprudência no seguinte sentido: quando há acordo de leniência, a confissão de culpa será necessária, em consonância com o posicionamento da SDE. Sem o acordo de leniência, verifica-se que pelo menos a cessação da prática, a adoção de um programa de *compliance* e a contribuição pecuniária tornaram-se requisitos constantes. A colaboração com a investigação, por sua vez, é flexível, aparecendo em determinados casos, e em outros não.

Interessante, no entanto, observar, que, no caso da Associação das Autoescolas, a confissão foi obrigação imposta pelo TCC, não obstante ausente o acordo de leniência. No recente caso da União Brasileira de Avicultores, por sua vez, não foi exigida a cooperação ativa com a investigação, mesmo que isso viesse se mostrando como uma obrigação razoavelmente presente nos últimos TCCs.

3.5 Requisitos essenciais para a efetividade de um TCC

Conforme exposto acima, o então Conselheiro Paulo Furquim sustenta que seriam cláusulas obrigatórias de qualquer TCC: (a) a determinação da cessação da prática delituosa; (b) a cominação de multa ao seu inadimplemento; e (c) a previsão de recolhimento de contribuição pecuniária ao FDD. Por outro lado, seriam facultativas, em sua opinião, as seguintes cláusulas: (a) o reconhecimento de culpa do infrator; (b) o compromisso de colaboração com as autoridades; e (c) a redução da multa eventualmente cominada.⁷⁰

A jurisprudência do CADE também vem se firmando no sentido de que seriam cláusulas obrigatórias de qualquer TCC em casos de cartel: (a) a determinação da cessação da prática delituosa; (b) a cominação de multa ao seu inadimplemento; e (c) a previsão de recolhimento ao FDD, em percentual não inferior a 1% do faturamento bruto da empresa no seu último exercício – excluindo os impostos –, a qual nunca será inferior à vantagem auferida.

Como cláusulas facultativas ao TCC, diante das peculiaridades do cartel em apreço, ter-se-ia, primeiramente, o reconhecimento de culpa do infrator – essencial quando celebrado uma leniência, e possível de ser exigido mesmo em caso contrário, como ocorreu com a Associação das Autoescolas. Já o compromisso de colaboração com as autoridades, que parecia ser consagrado pela jurisprudência do CADE como requisito essencial até 2010,

70. Requerimento 08700.004992/2007-43 cit., p. 6.

pode não mais ser considerado como tal desde o TCC da União Brasileira de Avicultura. A redução da multa eventualmente cominada, por sua vez, – necessariamente presente no “cartel settlement” da União Europeia e no “plea agreement” / “consent decree” dos Estados Unidos, ainda não foi prevista nos TCCs brasileiros. A adoção de um programa de *compliance*, finalmente, vem se firmando desde 2009, o que demonstra o objetivo de *advocacy*⁷¹ dos órgãos de defesa da concorrência no Brasil, a fim de evitar futuras infrações pela mesma empresa.

A par da discussão de legalidade ou não da exigência desses requisitos – fundamentada na alegação de que, não estando previstos em lei, não poderiam ser exigidos do representado –, cumpre analisar, no presente artigo, a contribuição dos aludidos requisitos para a efetividade do TCC enquanto instrumento de defesa da concorrência. Entendemos que a determinação da cessação da prática delituosa, a cominação de multa ao seu inadimplemento e a previsão de recolhimento ao FDD, em percentual não inferior a 1%, são os parâmetros básicos do TCC – como a “base de uma pirâmide”.

A colaboração com a autoridade antitruste, a adoção do programa de *compliance*, e o reconhecimento de culpa seriam o “corpo” da pirâmide, de modo que podem ser exigidos ou não em um determinado TCC, de acordo com as particularidades do caso. Sustentamos que o reconhecimento de culpa deve estar presente em todos (sim, todos) os casos em que haja um acordo de leniência, a fim de que estes instrumentos sejam complementares. Pode-se considerar plausível, também, a eventual exigência da confissão em um caso no qual inexistia leniência, se a conduta for de tal forma condenável que a celebração de um acordo pela autoridade seja praticamente um incentivo à adoção futura de outra conduta anticoncorrencial. Sustentamos também que a colaboração com a autoridade antitruste, combinada com a adoção de um programa de *compliance* (no caso de pessoa jurídica), seria um eficiente requisito para a dissuasão de novas condutas, pois demonstraria o intuito da Representada em seguir com os ditames do Direito da Concorrência, e reduziria, em tese, a possibilidade de reincidência.

71. *Advocacy* ou *Advocacia* da Concorrência corresponde à atuação educativa dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), destinada à divulgação de temas relacionados ao direito concorrencial aos setores que ordenam, aplicam e recebem os efeitos da aplicação concreta das normas antitruste, com destaque aos órgãos públicos. Trata-se da difusão da cultura da concorrência e do conhecimento a respeito dos benefícios da livre concorrência (como preços menores, qualidade superior de bens e serviços, além de um maior incentivo à inovação) à sociedade, empresários, juízes, promotores públicos, legisladores, administradores e reguladores.

Por fim, a redução da pena eventualmente cominada, seria o “topo” da pirâmide, prescindível à celebração do TCC, não tendo sido ainda exigida. Tratar-se-ia, pois, de uma nova possibilidade, a ser analisada pelo CADE, a exemplo do que é adotado na União Europeia e nos Estados Unidos. Acreditamos, no entanto, que o percentual de redução da multa deve ter uma ressalva: não pode ser de tal forma elevado, a fim de tornar o TCC mais atrativo do que a celebração de uma leniência.

Por todo o exposto, conclui-se que o CADE ainda não estabeleceu, definitivamente, os requisitos reputados essenciais para que o TCC erija como estratégia eficaz de combate às práticas anticoncorrenciais – apesar de ter firmado seu entendimento em determinado sentido. A Consulta Pública 08/2010 *supra* mencionada explicita bem isso, ao preconizar a modificação do art. 129-A da Resolução 46, deixando, assim, os termos de compromisso de cessação abertos à negociação, passível de maior margem de flexibilidade.

Em sendo esta proposta concretizada, a segurança jurídica estaria quiçá ameaçada, pois o Conselho poderia exigir mais do investigado do que, em tese, deveria ser requerido. Por outro lado, contudo, a mudança em tela poderia ser bastante interessante, desde que não engesse o CADE em uma fórmula-padrão de TCC que pode não ser adequada às especificidades de cada caso.

Por fim, convém ressaltar a possibilidade de que, no futuro, sejam consagrados outros requisitos à celebração do TCC. Sendo este um remédio antitruste recente no Direito Concorrencial brasileiro, é provável que ele se aperfeiçoe a ponto de exigir obrigações cada vez mais eficientes para a consecução dos objetivos antitruste.

4. Conclusão

O TCC, acordo celebrado entre a parte investigada e o CADE, cujo principal objetivo consiste em pôr fim ao processo investigativo em que se apura a suposta conduta ilegal, sem análise do mérito, vem se consolidando no Brasil como importante remédio antitruste na estratégia de defesa da concorrência.

À semelhança do que ocorre na União Europeia, com o “cartel settlement”, e nos Estados Unidos, com o “plea agreement”/“consent decree”, o TCC reflete a preocupação de ser ao mesmo tempo efetivo no combate às condutas anticoncorrenciais e não prejudicar os demais instrumentos de proteção à concorrência – em especial, o acordo de leniência. É por isso que o TCC se mostra, na atualidade, como uma “segunda opção”, negociado apenas quando o acordo de leniência (primeira opção) não é possível.

É nesse sentido que se posiciona a SDE, para quem o TCC apenas atenderá ao interesse público se os termos do acordo estiverem aptos a preservar o

programa de leniência. Assim também se firmou a jurisprudência do CADE, no caso de recusa de celebração de TCC no “cartel do cimento”, cujo relator foi o então Conselheiro Paulo Furquim.

Especialmente nos casos de cartéis, a celebração de TCCs se mostra controversa, pois alegam alguns que as quantias pagas a título de multa estariam incrivelmente aquém dos benefícios auferidos pelo conluio. No entanto, no presente trabalho, demonstramos que os TCCs celebrados em casos de cartel podem ser (e têm se mostrado) um importante remédio antitruste, desde que seus requisitos garantidores de eficácia sejam exigidos pelo CADE.

Sendo o TCC remédio antitruste em fase de consolidação não apenas no Brasil, como também em outras jurisdições, ainda é prematuro definir com precisão quais requisitos ele deveria conter para instrumentalizar de forma eficiente a defesa da concorrência no Brasil. Com o presente trabalho, procuramos oferecer contribuição preliminar a esse esforço, propondo a distribuição piramidal daquilo que a doutrina e a prática nacionais e internacionais vêm apontando como possíveis parâmetros do TCC.

Nesse sentido, a determinação da cessação da prática delituosa, a cominação de multa em caso de inadimplemento e a previsão de recolhimento ao FDD, em percentual não inferior a 1%, seriam parâmetros básicos do TCC – como a “base de uma pirâmide”. A colaboração com a autoridade antitruste, a adoção do programa de *compliance* e o reconhecimento de culpa, por sua vez, formariam o “corpo” da pirâmide, podendo ser exigidos ou não, de acordo com as particularidades do caso concreto. Por fim, não tendo sido ainda exigida pelo CADE, e sendo, pois, prescindível à celebração do TCC, a redução da pena eventualmente cominada estaria no “topo” da pirâmide.

Esperamos que, à medida que a utilização do TCC, como estratégia de repressão a cartéis, for se consolidando na prática do CADE, seja possível identificar as suas falhas e os seus méritos, e, conseqüentemente, compreender como torná-lo mais eficaz à consecução de seus propósitos. O assunto objeto do presente artigo certamente não se encerra aqui, devendo ser continuamente estudado e revisitado.

Referências bibliográficas

- ANTITRUST: *Commission Fines DRAM Producers € 331 Million for Price Cartel; Reaches First Settlement in a Cartel Case*. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/586&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>>. Acesso em: 20 dez. 2010.
- ANTITRUST: *European Commission Fines Animal Feed Phosphates Producers €175 647 000 for Price-Fixing and market-sharing in first “hybrid” cartel settlement case*. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/>>

- pressReleasesAction.do?reference=IP/10/985&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=fr>. Acesso em: 28 dez. 2010.
- ANTITRUST *Procedures and Penalties Act*. Pub. L. 93-528, 88 Stat. 1708, enacted December 21, 1974, 15 U.S.C. § 16. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/uscode/15/16.html>>. Acesso em: 22 dez. 2010.
- BAY, Matteo. *EU Cartel Settlements Theory and (First) Practice* (Palestra apresentada por ocasião do 16.º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência do IBRAC, 26 de novembro de 2010). Disponível em: <http://www.ibrac.org.br/downloads/16%20Seminario%20Internacional%20de%20Defesa%20da%20Concorrenca/matteo_bay_gurauja_2010.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2010.
- CADE. Processo Administrativo 08012.002127/2002-14 – Cartel das Britas. Voto do Conselheiro-relator, Luiz Carlos Delorme Prado. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000223861551.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2010.
- _____. Requerimento 08700.004992/2007-43 (referente ao Processo Administrativo 08012.011142/2006-79). Requerente: CCB – Cimpor Cimentos do Brasil Ltda. Voto do Conselheiro Relator, Paulo Furquim de Azevedo. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000405511596.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2010.
- CAMESASCA, Peter. *EU Competition Settlements: at Crossroads, Map in Hand. Competition Law* 360. Disponível em: <http://www.dechert.com/library/Antitrust_53_06-10_First_Cartel_Settlement_in_EU.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2010.
- CLEARY Gottlieb Steen & Hamilton LLP. *Commission Issues its First Cartel Settlement Decision in the DRAM Case*. Disponível em: <<http://www.cgsh.com/files/News/57eadca7-dac8-4763-a24e-3d176348abaa/Presentation/NewsAttachment/7b1bd469-9d41-4104-93f4-405f45009936/CGSH%20Alert%20-%20First%20Cartel%20Settlement%20Decision.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2010.
- DOJ. *Cartel Settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions*, June 6, 2008. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/235598.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2010.
- _____. *Criminal Enforcement of Antitrust Laws: the U.S. Model*. September 14, 2006. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/218336.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2010.
- _____. *Measuring the Value of Second-In Cooperation in Corporate Plea Negotiations*, March 29, 2006. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/215514.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2010.

- _____. *The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All*, October 17, 2006. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/219332.htm>>. Acesso em: 21 dez. 2010.
- EC, Commission Regulation n. 622/2008 of 30 June 2008 amending Regulation (EC) n. 773/2004, as regards the conduct of settlement procedures in cartel cases, [2008] O.J. L 171. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:171:0003:01:EN:HTML>>. Acesso em: 19 dez. 2010.
- EC. Council Regulation n. 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, [2003] O.J. L 001. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:001:0001:0025:en:PDF>>. Acesso em: 28 dez. 2010.
- EU. Commission Notice on the conduct of settlement procedures in view of the adoption of Decisions pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation (EC) n. 1/2003 in cartel cases, [2008] O.J. C 167/01. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:167:0001:0006:EN:PDF>>. Acesso em: 19 dez. 2010.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GILBERT, Richard J. *Networks, standards, and the use of market dominance: Microsoft (1995)*. Disponível em: <http://www.us.oup.com/us/pdf/kwoka/0195120159_17.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2010.
- GOLDBERG, Milton. Nature, Purpose and Use of Consent Decrees, paper n. 08, *Bureau of Business and Economic Research*. Paper n. 08, Michigan State University, 1962.
- GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. Compromisso de cessação e compromisso de desempenho na Lei Antitruste brasileira. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK – Cartel Working Group – Subgroup 1 – General Legal Framework. *Cartel Settlements*. Report to the ICN Annual Conference, Kyoto, Japan, April 2008. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc347.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2010.
- ISENBERGH, Maxwell S.; RUBIN, Seymour J. Antitrust Enforcement through Consent Decrees. *Harvard Law Review* 53/389, 1939.

MAYER BROWN INTERNATIONAL LLP. *EU & UK Antitrust/Competition Legal Alert*. 3 July 2008. Disponível em: <<http://www.mayerbrown.com/london/article.asp?id=5109&nid=369>>. Acesso em: 20 dez. 2010.

OECD, *Plea Bargaining and Settlement of Cartel Cases*, September 2008. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/56/43/41255395.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2. Teoria geral das obrigações.

RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Programas de compliance antitruste. Desafios atuais da regulação econômica e concorrência*. São Paulo: Atlas, 2008.

SDE. *Política da SDE em Termo de Cessação de Prática em casos de cartel*. Fevereiro de 2008. Disponível em: <www.mj.gov.br/sde>. Acesso em: 28 dez. 2010.

TURRA, Leonardo Canabrava. Do compromisso de cessação de prática no sistema brasileiro de defesa da concorrência: considerações sobre a sua natureza jurídica, compulsoriedade de celebração pela Administração Pública e questões de direito intertemporal. *Revista IOB de Direito Administrativo*, n. 6, jun. 2006.

USA. *United States of America, Appellee v. Microsoft Corporation, Appellant*, United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001). Disponível em: <<http://openjurist.org/253/f3d/34/united-states-of-america-v-microsoft-corporation>>. Acesso em: 22 dez. 2010.

_____. *United States of America, Plaintiff, v. Microsoft Corporation, Defendant*, United States District Court for the District of Columbia, Civil Action n. 94-1564 (Stanley Sporkin) [filed March 14, 1995]. Order. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/cases/f0100/0131.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2010.

_____. *United States of America, Plaintiff, v. Microsoft Corporation, Defendant*, United States District Court for the District of Columbia, Civil Action n. 94-1564 (Stanley Sporkin). Order Re Motion to Approve the Consent Decree. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/cases/f0100/0101.htm>>. Acesso em: 22 dez. 2010.

_____. *United States v. Crompton Corporation*, n. CR 04-0079 MJJ (N.D. Cal. 2004). Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/cases/f214400/214448.htm>>. Acesso em: 21 dez. 2010.

VICENTINI, Pedro C. A confissão de culpa nos termos de compromisso de cessação: requisito essencial ou prescindível, face ao programa de leniência? *Revista do IBRAC*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 17, 2010.

Remédios concorrenciais e propriedade intelectual

Camilla Capucio
e Renato Dolabella Melo

1. Introdução

A interface entre os direitos de Propriedade Intelectual (PI) e a Defesa da Concorrência tem sido objeto de análise cada vez mais frequente.¹ As possíveis restrições concorrenciais provocadas pela exclusividade de exploração de tecnologias, sinais distintivos e demais ativos intangíveis protegidos pela PI podem, eventualmente, configurar um elemento muito importante para o julgamento de atos de concentração e condutas entendidas como infrações à ordem econômica. Assim, é necessário examinar como as formas de intervenção

1. Destaca-se que atualmente a doutrina reconhece a complementaridade entre essas esferas e o compartilhamento de objetivos, embora seja necessário também equilíbrio e racionalidade na aplicação conjunta das regras jurídicas que regulam a PI e aquelas que regem a Defesa da Concorrência. A esse respeito: "Although antitrust law seeks to maximize competition while patent law affirmatively impairs it, neither pursues its role single-mindedly and autonomously. Rather they (together with other regimes) operate cooperatively in pursuit of the same larger goal – better aligning an imperfect real world with the assumptions required for maximally efficient overall market operation. When they interact, the issue is not determining which regime should prevail. It is ensuring their joint application produces a maximally efficient market" (CHIAPPETTA, 2010, p. 10). Relevante também destacar que a predominância dessa abordagem de complementaridade é relativamente recente: "Over the past several decades, antitrust enforcers and the courts have come to recognize that intellectual property laws and antitrust laws share the same fundamental goals of enhancing consumer welfare and promoting innovation. This recognition signaled a significant shift from the view that prevailed earlier in the twentieth century, when the goals of antitrust and intellectual property law were viewed as incompatible: intellectual property law's grant of exclusivity was seen as creating monopolies that were in tension with antitrust law's attack on monopoly power" (U.S. Department of Justice; Federal Trade Commission, 2007, p. 1).