

Osborne, M.J., Pitchik, C. (1987). Cartels, Profits and Excess Capacity *International Economic Review*, 28, 413-28.

Phlips, L. (1995). *Competition Policy: a Game-Theoretic Perspective*, Cambridge University Press.

Rees, R. (1993a). Collusive Equilibrium in the Great Salt Duopoly, *Economic Journal*, 103, 833-848.

Rees, R. (1993b). Tacit Collusion, *Oxford Review of Economic Policy*, 6, 27-40.

Steen, F. & Salvanes, K. G. (1999). Testing for market power using a dynamic oligopoly model. *International Journal of Industrial Organization*, 17:147-177.

Schmidt, C. ; LIMA, M. A. M. (2007). A Perda do Peso Morto e a Elasticidade-preço da Demanda do Setor Siderúrgico no Brasil. *Estudos Econômicos*. Instituto de Pesquisas Econômicas, v. 36, p. 127-147.

Werden, G.J. (1997). *Simulating the Effects of Differentiated Products Mergers: a Practitioners' Guide*, Food Marketing Policy Center.

Vasconcelos, S. e Ramos, F. (2003). Afinal, houve colusão no setor siderúrgico brasileiro? Uma abordagem game-theoretic, In C. Mattos (org.), *A Revolução Antitruste no Brasil*, Editora Singular.

## A OPERAÇÃO LAVA JATO E A INVESTIGAÇÃO DE CARTÉIS NO BRASIL: EVOLUÇÃO OU REVOLUÇÃO?

*Eduardo Frade, Diogo Thomson e Amanda Athayde*

### 1. Introdução: do contexto das investigações da Lava Jato no antitruste

Seria impossível tratar de mais uma fase de “revolução antitruste no Brasil” sem falar da “Operação Lava Jato” e seus desdobramentos no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). No âmbito do órgão antitruste, o que começou como uma investigação de cartel em licitações de obras de montagem industrial da Petrobras – tal qual diversos outros cartéis em licitação já investigados pelo Cade – já produziu, desde então, diversos outros casos igualmente complexos e impactantes, em diferentes mercados. Até o momento, a Lava Jato já derivou para investigações de cartéis em licitações da usina nuclear de Angra 3, de ferrovias da Valec, da usina hidrelétrica de Belo Monte, de estádios da Copa do Mundo, de complexos de favelas no Rio de Janeiro, sedes e centros da Petrobras, e várias outras ainda estão por vir. Um verdadeiro “monstro” investigativo, que ainda avança.

De um ponto de vista político e de comunicação, a “Operação Lava Jato” representou a ascensão definitiva do órgão antitruste brasileiro a um grande *player* no jogo de combate às condutas ilícitas que envolvem o poder econômico no Brasil. De forma muito mais significativa do que antes, as competências do Cade, seu poderio de investigação, seu Programa de Leniência e a problemática dos cartéis em licitação passaram a ocupar, de modo incisivo, as mentes e os discursos de empresários, políticos, agentes de investigação, juízes, meios de comunicação e da população em geral. Um fortuito marco de *advocacy* concorrencial.

De um ponto de vista técnico, doutrinário e jurisprudencial – que é o que aqui nos interessa –, a “Operação Lava Jato” representou a conurbação de toda a evolução dos métodos investigativos de cartéis desenvolvidos no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) ao longo de sua existência. Como nunca antes, os casos derivados da Lava Jato obrigaram o Cade a, direta ou indiretamente, utilizar toda a sua “caixa de ferramentas” investigativa de combate a cartéis, que inclui, pelo menos, acordos de leniência, leniência *plus*, Termos de Compromisso de Cessação (TCC), técnicas de investigação proativas, buscas e apreensões, interceptações, coordenação com outras autoridades investigadoras, compartilhamento de provas e assim por diante.

Foi necessário, ao longo desse processo, fazer reflexões e definições de suma importância, com impactos relevantes sobre a prática do órgão no processamento administrativo de cartéis. Ao mesmo tempo, como não poderia deixar de ser, a complexidade trazida pelos diferentes casos fez nascer também novos questionamentos, a serem ainda desenvolvidos. O presente artigo busca ilustrar e aprofundar algumas dessas discussões, tendo em mente a seguinte pergunta: a “Operação Lava Jato” representa uma revolução ou uma evolução do combate a cartéis no Cade?

## 2. Da inter-relação entre a Lava Jato no antitruste e nas outras esferas

Hoje não há mais dúvidas de que a “Operação Lava Jato” se trata da maior investigação já existente no Brasil – possivelmente do mundo –, ao menos no que diz respeito aos malfeitos que envolvem as relações espúrias entre os setores público e privado, manifestadas em uma dezena de tipos criminosos e infrações administrativas e civis.<sup>1</sup>

Além de toda sua complexidade jurídico-institucional, trata-se, sem sombra de dúvidas, de um dos principais fatos políticos das últimas décadas, senão o principal, tamanho o impacto causado ao atingir, frontalmente, uma boa parte da classe política do país, os seus maiores partidos e, também, uma grande parte do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro, com o claro envolvimento de uma elite empresarial que se notabilizou pelos negócios realizados com o governo, notadamente em serviços e obras de infraestrutura, concessões e desenvolvimento.

Mas, para além de tudo isso, hoje, passados alguns anos de convivência diária com a Lava Jato, é possível afirmar que nunca se teve antes uma investigação que fosse acompanhada, assistida e que passasse por tanto escrutínio por parte da imprensa, dos formadores de opinião e, sobretudo, da população em geral. De uma hora para outra, fatos, atos e termos antes restritos ao mundo jurídico e aos tribunais passaram a domínio público, o que leva, inclusive, a uma constante comparação das consequências jurídico-processuais da operação com critérios mais amplos e corriqueiros de Justiça e Moral.

Tudo isso faz da “Operação Lava Jato” um campo fértil para estudos de diversos gêneros e matizes, mas, sob o ponto de vista da investigação, ou seja, para aqueles responsáveis por levar a cabo os processos de

<sup>1</sup> A respeito dos resultados alcançados pela “Operação Lava Jato” na seara criminal, sugere-se o site do Ministério Público Federal voltado a esse propósito: <<http://lavajato.mpf.mp.br/>>.

apuração e punição dos fatos, com o devido contraditório e ampla defesa e sob o manto do devido processo legal, a “Operação Lava Jato” representa, acima de tudo, um enorme desafio de maturidade institucional e uma enorme oportunidade de consolidação e afirmação de melhores práticas de cooperação entre órgãos e esferas de Estado. Aliás, esta é mais uma das marcas inéditas da “Operação Lava Jato”: a necessidade e a atuação simultânea (muitas vezes conjunta) de uma série de instituições de Estado com as mais diversas competências e atribuições. Leia-se aqui, além da Polícia Federal e do Ministério Público Federal – com proeminência nas investigações –, órgãos de controle, de fiscalização tributária e previdenciária e de defesa da concorrência.

É cediço que o crime organizado costuma prosperar principalmente por encontrar, do outro lado, um Estado desorganizado. Quando esse crime organizado tem como alvo o próprio Estado – caso da “Operação Lava Jato” –, a ausência de articulação institucional e de cooperação torna o terreno ainda mais fértil para a perpetuação das práticas ilícitas. Quando essa organização conta com o apoio e a estrutura do próprio Estado por meio de seus agentes e da influência no processo político – novamente o caso da “Operação Lava Jato” –, não há alternativa às instituições de Estado se não se articular de forma ainda mais intensa, coesa e sofisticada, para responder à altura às práticas ilícitas.

Nesse sentido, parte da dinâmica da “Operação Lava Jato” funda-se justamente na necessidade de se cooperar, trocar informações, experiências, conhecimentos e articular ações conjuntas, inclusive para punir. O Cade, desde o primeiro momento em que teve contato com a operação, em 2014 – ou seja, desde que o ilícito de cartel passou a fazer parte do amplo “cardápio” de ilícitos sob investigação –, tem buscado e logrado uma incessante cooperação com as Forças-Tarefas da “Operação Lava Jato” da Polícia Federal e dos Ministérios Públicos Federais nos mais diversos Estados e nas diversas frentes de investigação criminal. Da mesma forma, no âmbito administrativo, tem-se estabelecido cooperação também com instituições como o Tribunal de Contas da União (TCU) e a Controladoria-Geral da União (CGU).

Um dos marcos fundamentais e formais dessa cooperação entre Cade e Ministério Público Federal no âmbito da “Operação Lava Jato” nasce, sem dúvida, com a assinatura do primeiro Acordo de Leniência específico sobre cartel, com a intervenção da Força-Tarefa do MPF em Curitiba, Acordo de Leniência esse regido pela Lei 12.529/2011 e firmado com a empresa SOG/Setal no âmbito da investigação dos contratos de montagem industrial

onshore da Petrobras. Este foi o caso “pioneiro”, digamos, da Operação<sup>2</sup>, tanto na seara administrativa do Cade quanto criminalmente, para o MPF/PR. Outro marco importante em direção à formalização da cooperação entre os órgãos acima citados, sobretudo no que diz respeito ao ilícito de cartel, é a decisão do juiz Sérgio Moro na 7ª fase da Operação Lava Jato (denominada “Juízo Final”), que determinou expressamente o compartilhamento de provas obtidas no âmbito desta e de demais fases da “Operação Lava Jato”. Essa decisão não só permitiu uma série de investigações conjuntas e análises de que vamos tratar com mais calma neste artigo, mas também reverberou para outras decisões e instâncias, que, de maneira geral, têm entendido pela necessidade desse compartilhamento de informações entre os diversos órgãos, sempre respeitando, obviamente, o interesse das investigações – o que engloba a necessidade de manutenção temporária do sigilo em certas circunstâncias – e a esfera de atribuição de cada qual.

Neste ponto, deve-se ressaltar que, ao menos do ponto de vista do Cade, esse tipo de cooperação não era nenhuma grande novidade. Desde que, em 2003, a então Secretaria de Direito Econômico (SDE) decidiu priorizar o combate a cartéis e, em 2007, estabeleceu que, nessa prioridade, os cartéis em licitações públicas seriam o principal foco de atuação.<sup>3</sup> Esse foco foi mantido mesmo após a edição da Lei 12.529/2011, que unificou SDE e Cade, de modo que a cooperação com órgãos criminais e de controle sempre foi e continua sendo não só uma necessidade, mas também uma realidade diária do trabalho.

A complexidade do combate aos cartéis em licitação sempre esteve bastante relacionada ao fato de que, normalmente, esses cartéis se relacionam direta ou indiretamente com outros ilícitos. Por representarem uma das facetas das possíveis relações promíscuas entre o público e o privado, não raro as investigações de cartéis em licitações conduzidas pelo Cade ao longo dos anos se originaram ou originaram investigações de outros crimes pelo Ministério Público e Polícias, como corrupção, lavagem de dinheiro, prevaricação ou ainda de investigações de danos ao erário e im-

<sup>2</sup> Hoje, sob o guarda-chuva da Lava Jato, inclui-se quase uma centena de investigações diferentes e sobre diversos setores, envolvendo lavagem de dinheiro, corrupção, cartel, fraudes diversas a licitações, improbidade administrativa, crimes eleitorais etc., e os mais diversos atores, como empresas, empresários, políticos, partidos políticos, agentes públicos etc.

<sup>3</sup> A respeito do combate a cartéis em licitação, sugere-se a leitura da Cartilha elaborada pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE) da extinta SDE sobre o tema: <[http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha\\_licitacao.pdf/view](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_licitacao.pdf/view)>.

probidade administrativa. Da mesma forma, o envolvimento de servidores públicos e as corriqueiras análises de superfaturamento de obras, serviços e compras públicas, levadas a cabo pelos órgãos de controle, também não raro deparavam-se e ainda se deparam com cartéis em licitação, ou eram descobertas por meio de uma investigação do Cade de cartéis em licitação e remetido a outros órgãos investigadores.

Em razão disso, o Cade tem, há muito tempo, atuado em investigações conjuntas com os órgãos criminais e de controle, com compartilhamento de provas, trocas de informações e, inclusive, treinamentos em técnicas de investigação e sobre a relação entre ilícitos de cartel e outros ilícitos. A *expertise* do Cade em direito e economia da concorrência, aliada à *expertise* investigativa dos Ministérios Públicos e das Polícias (inclusive com a possibilidade de uso de meios de investigação próprios do direito penal, como interceptações telefônicas, por exemplo) e ao conhecimento de outros ilícitos por esses órgãos e órgãos de controle, permitiram, ao longo dos anos, uma maior capacidade de debelar esses ilícitos complexos, que vão além do mero cartel em licitações. Diversas das grandes operações e investigações de que se teve notícia fizeram esse caminho de cooperação institucional<sup>4</sup>.

Como o cartel, além de ilícito administrativo, também é tipificado como crime (art. 4º da Lei 8.137/90), naturalmente a relação institucional com o Ministério Público é quase intrínseca. Não por outro motivo, mesmo que a Lei 8.884/94 (com a alteração em 10.149/2000) e, posteriormente, a Lei 12.529/2011 não determinassem ou obrigassem a necessidade de assinatura/interveniência/concordância do titular da ação penal (o Ministério Público) para que o acordo de leniência firmado no Cade produzisse seus efeitos criminais para as pessoas físicas signatárias, a autoridade antitruste sempre procurou estreitar a relação com o Ministério Público, assinando os acordos em conjunto com este. A legislação determina que a assinatura do Acordo de Leniência gera a suspensão da propositura de ação penal para o crime de cartel contra as pessoas físicas signatárias e, ao final, confirmado o Acordo pelo Tribunal do Cade, resulta na extinção da punibilidade. Além de dar mais segurança jurídica aos colaboradores que procuram o Cade, a participação do Ministério Público permite também a persecução penal

<sup>4</sup> Apenas para citar alguns casos notáveis, é possível mencionar pelo menos Operação Castelo de Areia, Operação Sanguessuga, Operação Roupa Suja, Operações Sentinela e Mão de Obra, Operação Vampiros etc.

do crime de cartel, o que é considerado no mundo<sup>5</sup> e no Brasil<sup>6</sup> um dos pilares fundamentais da política de combate a cartéis, bem como um dos marcantes incentivos do próprio programa de leniência, dado que esse tipo de Acordo confere a imunidade criminal dos executivos das empresas engajadas em um cartel que decidem colaborar com a autoridade antitruste.

Essa cooperação, também no que diz respeito aos Acordos de Leniência entre Cade e Ministério Público, permitiu ao Cade a consolidação e o sucesso de seu Programa de Leniência ao longo dos anos – *vide* item 3.2, *infra* –, fato reconhecido não só internacionalmente<sup>7</sup>, mas também em âmbito nacional. Nesse contexto, não é novidade que os atuais mecanismos de colaboração criminal e, sobretudo, o acordo de leniência da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) tiveram inspiração na experiência do Cade nesse campo.

Todo esse arcabouço de cooperação institucional, desenvolvido ao longo dos anos, é que fez com que, desde que surgiram as primeiras informações públicas sobre a existência de um cartel no âmbito da “Operação Lava Jato” – até então focada mais na corrupção de agentes públicos e políticos, e na relação com campanhas eleitorais e no financiamento de partidos políticos do que sobre um cartel em si –, o Cade tenha procurado o Ministério Público para a cooperação e a obtenção de informações. Também esse arcabouço é, sem dúvida, o fator que levou a Força-Tarefa do Ministério Público a contatar o Cade no exato instante em que uma das empresas manifestou o interesse em celebrar um acordo de leniência sobre o ilícito de cartel.

Mas, se por um lado a existência de uma cultura consolidada de cooperação entre Cade e Ministério Público foi essencial para permitir uma

<sup>5</sup> A respeito da persecução criminal do cartel no mundo, sugere-se, por exemplo, a leitura do discurso do Deputy Assistant Attorney General do Departamento de Justiça Norte-Americano, Brent Snyder, realizado em fevereiro de 2016: <<https://www.justice.gov/opa/file/826721/download>>.

<sup>6</sup> A respeito de estudos sobre a persecução criminal do cartel no Brasil, sugere-se a leitura dos seguintes textos acadêmicos: MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interfaces entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2015; CALLIARI, Marcelo. *Criminalization of Cartels and Leniency: an exercise in complexity*. CPI Antitrust Chronicle, Sept. 2015.

<sup>7</sup> A robustez do Programa de Leniência brasileiro foi, inclusive, um dos fundamentos expressos para as premiações recebidas pelo Cade como “Melhor Autoridade Antitruste das Américas”, da *Global Competition Review* (GCR), em 2014 e 2016. *Vide*: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-e-eleito-melhor-agencia-antitruste-das-americas>>.

rápida resposta às demandas da “Operação Lava Jato”, de outro, a complexidade dos fatos e da investigação, bem como os diferentes marcos jurídicos que regulam os diversos ilícitos investigados, somados às incertezas com relação aos diversos órgãos competentes para punir os diferentes ilícitos, com punições que se cumulavam (e se acumulam), não tardaram a desafiar essa cooperação institucional, não só entre Cade e Ministério Público, mas entre esses órgãos e os órgãos de controle, e entre todos estes e o Poder Judiciário.

Assim, talvez o maior desafio trazido em termos de cooperação pela “Operação Lava Jato” seja o fato de que, ao contrário do que normalmente ocorria, com bastante sucesso, a cooperação agora não se resumia a uma cooperação para investigar e punir, apenas. A cooperação agora se refere a inúmeros investigados que desejam colaborar com as investigações e as diferentes consequências jurídicas que essas colaborações e esses acordos geram em cada processo, de cada órgão, para cada tipo de ilícito.

Some-se a isso o fato de que a “Operação Lava Jato” se revelou como o primeiro (e grande) teste para alguns instrumentos de investigação baseados em colaboração incorporados na legislação brasileira em 2013, como por exemplo, o Acordo de Leniência trazido pela Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) e o procedimento de colaboração premiada da Lei de Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013). O regime desses instrumentos de colaboração para cada órgão e para cada ilícito, embora inspirado no mesmo incentivo geral – qual seja de que um integrante da conduta colabore com as autoridades, desestabilizando os demais integrantes –, possui desenhos diferentes de incentivos específicos, além de diferentes tempos processuais, e consequências e benefícios distintos, adequados a cada tipo de investigação e punição. Essa diferenciação não é necessariamente um “defeito”, mas sim a forma mais próxima possível de se adequar um sistema que traz diferentes normas de competência e tipificação de ilícitos a uma mesma ideia geral de colaboração em troca de um benefício para permitir a punição dos não colaboradores.

Diante desse cenário e enfrentando uma investigação multifacetada, se cada um dos órgãos investigadores resolvesse simplesmente aplicar suas normas e realizar acordos sem nenhuma necessária intersecção de esferas, reduzir-se-iam bastante os incentivos para atrair colaboradores, diante da incerteza sobre o resultado e sobre os benefícios ao final. Sem a colaboração ampla, dificilmente se conseguiria ter todos os aspectos dos ilícitos descobertos, o que reduziria em muito a eficácia da Operação. A situação, portanto, era de que ao mesmo tempo em que se deveriam respeitar as competências e atribuições de cada órgão, um completo insulamento levaria, ao final, ao fracasso de todos.

Nesse contexto, a experiência do Cade com o desenvolvimento e a consolidação do Programa de Leniência Antitruste, que já completava no início da “Operação Lava Jato” mais de uma década de efetiva implementação<sup>8</sup>, foi fundamental para permitir que, ao menos quanto ao ilícito de cartel, alguma segurança jurídica fosse dada para aquelas empresas e pessoas físicas que desejassem colaborar com o Cade. Ademais, possibilitou-se que tais empresas e pessoas físicas tivessem algum resguardo também com relação aos outros ilícitos ao colaborar de forma paralela, com o Ministério Público, por meio de outros instrumentos de colaboração.

Ocorre que os institutos de colaboração criminal e o acordo de leniência anticorrupção possuem incentivos, requisitos e objetivos diversos do Programa de Leniência estabelecido pela Lei 12.529/2011, operacionalizado pelo Cade. Assim, um grande desafio foi tentar compatibilizar essas diferenças de uma forma que se mantivesse um alto incentivo à colaboração e, mais do que isso, que dessa colaboração resultasse uma robusta investigação. Explicando melhor: diferentemente dos demais programas de colaboração, o Acordo de Leniência com o Cade é celebrado, fundamentalmente, no início da investigação, ou seja, trata-se de instrumento por meio do qual o Cade toma conhecimento do ilícito e, a partir disso, desenvolve sua investigação. Nesse sentido, considerando que o cartel é um ilícito plurissubjetivo, apenas o primeiro que se apresenta à autoridade antitruste pode receber o principal benefício da leniência, qual seja a imunidade, tanto no âmbito administrativo como no âmbito criminal para o crime de cartel e aqueles diretamente relacionados.

Para conseguir compatibilizar essas diferenças, o Cade procurou trabalhar no sentido de que era necessário que, desde o início, fossem trazidas informações, provas e documentos dos ilícitos capazes de comprovar a infração e, assim, subsidiar a própria instauração do processo ou inquérito administrativo. Ou seja, em um Acordo de Leniência com benefícios totais, a colaboração serve justamente para iniciar uma investigação. No processo criminal, por outro lado, há indicação sobre o que será a colaboração, mas essa colaboração se dá efetivamente no âmbito do processo penal já em andamento. Diferença também há na leniência da Lei Anticorrupção, em que o acordo encerra o processo e há um foco na reparação de dano. Essa diversidade de procedimentalização naturalmente cria uma dificuldade com os diferentes ritos e tempos processuais, bem como com os níveis de publicidade necessários. Neste ponto, foi fundamental para o Cade a experiência pretérita desenvolvida nas negociações em conjunto com o Mi-

<sup>8</sup> Mais informações sobre o Programa de Leniência do Cade, *vide* item 3.2, *infra*.

nistério Público, sobretudo naquilo que se refere à necessidade de cada um de se adequar ao seu rito processual específico, sem que isso signifique que um órgão prejudique a investigação do outro.

Mais do que isso, a reformulação, ocorrida em 2013<sup>9</sup>, do programa mais amplo de acordos em cartéis existente no Cade aproximou os Termos de Compromisso de Cessação de conduta (TCC) dos requisitos da leniência<sup>10</sup>, aportando ao Cade um maior cabedal de instrumentos para permitir a coordenação dos acordos de colaboração celebrados no âmbito criminal com aqueles celebrados no Cade. Isso significa a possibilidade de se negociar no Cade, ou uma leniência, no caso do primeiro colaborador, ou um TCC, caso não seja o primeiro. Desse modo, há a manutenção dos incentivos à colaboração no Cade ao mesmo tempo em que se negocia a colaboração em outras esferas, evitando-se, assim, uma exposição demasiada ao risco de punição em outras esferas em um momento ainda prematuro das investigações. Esses incentivos atuam, sobretudo, nas pessoas físicas envolvidas (e que são os objeto da investigação criminal), dado que, embora a lei atribua imunidade criminal ao signatário do Acordo de Leniência no Cade, não o faz para o compromissário do TCC.

Nesse sentido, duas experiências institucionais podem ser consideradas verdadeiros marcos institucionais na evolução do combate a cartéis no Brasil, na medida em que aumentam os incentivos à colaboração, inclusive de pessoas físicas, como instrumento de investigação, permitindo uma maior certeza de punição contra aqueles que não colaboram e, ao mesmo tempo, um maior incentivo ao *compliance*. A primeira experiência diz respeito à cooperação já desenvolvida com o Grupo de Combate a Cartéis do MPF em São Paulo sobre a necessidade de se aproximar também os TCCs dos acordos de colaboração criminal. Observando a necessidade para se assegurarem os incentivos e os benefícios da leniência, sem se esquecer dos TCCs, foi celebrado Memorando de Entendimentos<sup>11</sup> endereçando justamente a possibilidade de colaboração entre ambas as instituições. Por sua vez, a segunda experiência de coordenação diz respeito justamente às

<sup>9</sup> Cf. Resolução 5/2013, que alterou o Regimento Interno do Cade (RICade), trazendo um novo marco jurídico para acordos em cartéis, com fundamento no art. 85, § 14, da Lei 12.529/2011.

<sup>10</sup> A respeito das diferenças entre os Acordos de Leniência e dos TCCs, *vide* itens 3.2 e 3.3, *infra*.

<sup>11</sup> Memorando de entendimentos entre Cade e Grupo de Combate a Cartéis do Ministério Público Federal em São Paulo. Disponível para consulta em: <[http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/memorando-de-entendimentos-sg-e-mpfsp\\_tcc-e-acordos-de-colaboracao\\_15-03-2016.pdf](http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/memorando-de-entendimentos-sg-e-mpfsp_tcc-e-acordos-de-colaboracao_15-03-2016.pdf)>.

negociações de acordos simultaneamente com a Força Tarefa do MPF em Curitiba – e mais recentemente em outros estados também, como no Rio de Janeiro, entre outros.

Ainda no contexto da cooperação institucional na “Operação Lava Jato”, pontos de preocupação têm a ver com a multiplicidade de sanções pecuniárias e também com as penas relacionadas à proibição de participar de licitações. Neste ponto, a existência de uma multiplicidade de regimes de colaboração facilita, de maneira geral, a possibilidade de coordenação. De outro lado, a existência de uma multiplicidade de órgãos que podem aplicar esse tipo de pena, nem todos em posse de mecanismos de colaboração, certamente gera um risco não insignificante para quem celebra os acordos. Nessa linha, embora ainda de maneira imperfeita e ainda pendente de melhores mecanismos de compatibilização dos instrumentos nos diversos órgãos, acreditamos que a Operação tem demonstrado maturidade institucional no sentido de que se deve incentivar a colaboração como forma de incremento à investigação e punição de ilícitos.

Mais do que criar um único caminho de colaboração ou investigação para esses ilícitos complexos, a lição que a “Operação Lava Jato” nos traz é que, respeitadas as atribuições institucionais de cada órgão e o tipo de ilícito que investigam, deve ser construído um caminho seguro de cooperação, inclusive no que diz respeito ao tratamento aos investigados colaboradores. O funcionamento desses mecanismos de colaboração beneficia a todos (investigadores, colaboradores e sociedade – que vê o ilícito descoberto e debelado de maneira mais eficiente). De outro lado, a preservação das atribuições e do sistema jurídico de cada um dos órgãos permite que estes exerçam suas funções com todo conhecimento e *expertise* necessária para o tipo de ilícito que possui competência, o que gera, em uma investigação complexa como a da “Operação Lava Jato”, uma maior eficácia na descoberta e punição do todo. Em suma, essa combinação de conhecimento, inteligência e de investigações é que permite ao Estado, de maneira organizada, combater o crime organizado.

Para além disso, a atuação conjunta do Cade com os órgãos criminais e com os órgãos de controle desenvolve o combate conjunto aos ilícitos decorrentes das relações indevidas entre o público e o privado. Essa relação entre um cartel de licitações de empresas privadas e a corrupção de agentes públicos e políticos em troca de benefícios pessoais, eleitorais e contratuais, tem seu ápice na “Operação Lava Jato”. Bem assim, mais um dos marcos da Operação, sobretudo naquilo que se refere ao direito antitruste, é tornar clara essa relação dos cartéis em licitação com esquemas criminosos muito maiores e complexos, o que torna esse tipo de cartel ainda mais grave e o

que demonstra o acerto do Cade em tratar o combate a esse tipo de acordo entre concorrentes como prioridade absoluta.

Sem dúvida, a Operação Lava-Jato tem sido a mais desafiadora e ao mesmo tempo a mais frutífera interação institucional entre órgãos de investigação já vivida pelo Cade. No campo do antitruste, ela representa o atingimento da maturidade institucional do Cade e de sua política de combate a cartéis, consolidada hoje como parte fundamental da atividade estatal no combate a um dos mais devastadores e organizados esquemas criminosos decorrentes das relações público-privadas já existentes na história. Mais ainda, a “Operação Lava Jato” representa a importância da atuação do Cade, em especial no que se refere aos cartéis em licitação, para, em conjunto com os órgãos criminais e de controle, transformar a realidade dessas relações público-privadas, tornando-as mais transparentes e republicanas.

Como reflexão sobre novas necessidades de desenvolvimento institucional, contudo, é certo que o aprimoramento da coordenação e da cooperação entre as diferentes autoridades públicas envolvidas na apuração e punição de ilícitos múltiplos relacionados é, possivelmente, um dos maiores desafios demonstrados pela “Operação Lava Jato”. Especialmente no que diz respeito aos diferentes instrumentos de colaboração premiada e leniência, detidos pelas diferentes autoridades envolvidas, ainda há um importante caminho a ser percorrido até que se atinja uma fórmula verdadeiramente segura e transparente de garantir que esses mecanismos de colaboração se somem e complementem, e não se “canibalizem”.

Uma vez posta essa explanação a respeito da inter-relação entre as investigações da “Operação Lava Jato” na esfera antitruste com outras esferas, sobretudo criminais e de controle, passa-se a uma análise atenta dos principais instrumentos, previstos na Lei Brasileira de Defesa da Concorrência, que têm permitido a firme atuação do Cade no combate a tais cartéis nas licitações públicas brasileiras.

### 3. Dos instrumentos antitruste na Lava Jato

#### 3.1. Buscas e apreensões, prova emprestada e outros instrumentos criminais na “Operação Lava Jato”

Conforme destacado no item 2, *supra*, uma das chaves de sucesso do combate a cartéis no Brasil ao longo dos anos tem sido a capacidade do Cade de realizar investigações em parceria com os órgãos de investigação criminal e de controle. Nesse contexto, a Lei 12.529/2011 traz alguns mecanismos (que já existiam também sob a égide da Lei 8.884/94)

para permitir uma maior efetividade dessa parceria. Destaca-se, dentre esses mecanismos, a possibilidade de o Cade solicitar à Justiça Federal, por meio de sua Procuradoria, ação cautelar de busca e apreensão<sup>12</sup>, bem como a possibilidade de requisitar o compartilhamento de informações referentes a cartéis oriundas de outros órgãos de investigação, inclusive criminais, como prova emprestada<sup>13</sup>.

Como se sabe, o cartel consubstancia-se por um acordo entre concorrentes, acordo esse que, na quase totalidade das vezes, é ilícito pela sua própria existência. Sendo assim, obviamente, a prova de cartel, isto é, do acordo, da comunicação entre os concorrentes, não é uma prova fácil de obter. A natureza clandestina do acordo, verificada na maior parte dos casos, pressupõe dificultar ou eliminar qualquer evidência material dele. Nesse sentido, a possibilidade da realização de uma medida de busca e apreensão que, ainda que possua natureza cível, se assemelhe à medida de busca criminal pelo objeto amplo da medida é uma das mais eficientes formas de obtenção dessas evidências. Quando associada a um anterior Acordo de Leniência (*vide* item 3.2, *infra*), a medida se torna ainda mais frutífera na colheita de provas, permitindo à autoridade não só a confirmação daquilo que lhe foi delatado, mas também um maior foco na execução da medida, de forma a aumentar o conjunto probatório e, até mesmo, descobrir novas evidências e informações sobre a conduta.

Nesses casos, normalmente decorrentes de investigações iniciadas no próprio Cade (*ex officio*, por denúncias ou por Acordo de Leniência), a medida de busca e apreensão prevista na Lei 12.529/2011 tem sido aceita e sustentada pelo Judiciário. Após a medida de busca e apreensão, a análise do material apreendido é realizada pelo próprio Cade, que é depositário desse material. Mediante autorização judicial, esse material pode ser compartilhado com as autoridades criminais, bem como com os órgãos de controle para o exercício de suas competências legais. Ao menos desde 2012 para cá, o pedido de autorização para tal compartilhamento da prova emprestada já consta desde a petição inicial da ação cautelar ajuizada pela Procuradoria do Cade, sendo normalmente deferido com a própria medida. Para além disso, em caso de encontro fortuito, o Cade também tem compartilhado, mediante au-

<sup>12</sup> Art. 13, VI, alínea “d”, da Lei 12.529/2011. A previsão legal sobre a possibilidade de realização de medidas cautelares de busca e apreensão, incluída pela primeira vez na legislação antitruste com a Lei 10.149/2000, que alterou a Lei 8.884/94, caracterizou-se em verdadeira revolução para a atividade punitiva do sistema brasileiro de defesa da concorrência, sobretudo no que se refere aos cartéis.

<sup>13</sup> Art. 13, VI, alíneas “e” e “f”, da Lei 12.529/2011.

torização judicial, eventuais indícios e evidências de outros ilícitos que não sejam de sua competência.

De outro lado, muitas vezes, como já mencionado, em virtude da tipificação criminal de cartel, as denúncias e/ou investigações iniciam-se no âmbito dos Ministérios Públicos, estaduais ou federais. Também é comum – como ocorre no caso da “Operação Lava Jato” – a descoberta do ilícito de cartel no bojo da investigação criminal de outros tipos de ilícito. Nesses casos, a depender da estratégia de investigação criminal e administrativa, uma série de medidas podem ser adotadas para a obtenção de evidências do cartel. Comumente se realizam, no âmbito criminal, interceptações telefônicas ou gravações ambientais, instrumentos esses extremamente eficazes para se obter a prova da comunicação entre concorrentes. O Cade, nesse contexto, atua como auxiliar da investigação criminal, mediante autorização judicial ou requisição do órgão criminal, eventualmente analisando a interpretação do conteúdo e a identificação daquelas interceptações que dizem respeito ao cartel. Além disso, também mediante autorização judicial, tais interceptações podem se tornar provas emprestadas no processo administrativo do Cade.<sup>14</sup> Assim, o Cade, além de atuar no auxílio da execução dessas medidas, obtém o resultado delas como prova emprestada, no âmbito da persecução administrativa à infração à ordem econômica.

Em suma, o uso compartilhado dos diferentes mecanismos de investigação à disposição do Cade e dos órgãos criminais, associado a acordos de colaboração, são os elementos fundamentais da persecução aos cartéis no Brasil. Dessa forma, essa estratégia coordenada de ação, como a que vem sendo desenvolvida nos últimos quase 15 anos pelo Cade, tem se demonstrado como uma das formas mais eficazes de combate a esse tipo de conduta. Em termos estatísticos, pode-se apontar, inclusive, que desde 2003 foram realizadas 40 operações de busca e apreensão cíveis e/ou criminais com a participação do Cade, com o cumprimento de mais de 300 mandados judiciais, em parceria com vários órgãos de persecução criminal e de controle em mais de 20 estados brasileiros.

O desenvolvimento dessa coordenação e, sobretudo, do uso das medidas de busca e apreensão e da prova emprestada no Cade como elementos no combate a cartéis exigiu do órgão antitruste também uma maior capacitação, sobretudo no que diz respeito ao uso de tecnologia da informação e de análise forense. Com uma maior capacidade de investigação, o produto dessa investigação, principalmente quando decorrente de busca e

<sup>14</sup> Da mesma forma pode ocorrer com as medidas de busca e apreensão criminais e outras medidas cautelares, como quebras de sigilo bancário e fiscal, por exemplo.

apreensão, também passou a ser mais abrangente e complexo. Da necessidade de se analisar uma grande quantidade de material, em sua maioria eletrônico, foi construída uma *expertise* própria para a análise de evidências de cartel no universo de documentos e informações apreendidas, que culminou na construção de um protocolo de análise e na designação de uma equipe especializada, composta por técnicos *sênior* da autoridade, além de um investimento em equipamentos de análise forense e TI.

Esse *know-how* para processamento e análise de evidências, no contexto de um volume imenso de informações apreendidas em tempo hábil, atingiu seu ponto de inflexão na investigação do cartel dos trens e metrô, cuja operação de busca e apreensão foi realizada em 2013.<sup>15</sup> O desafio de lidar com mais de 30tb de materiais eletrônicos apreendidos (além dos documentos físicos) no contexto de uma das mais importantes investigações de cartel em licitações realizadas pelo órgão até então, a qual pela primeira vez jogou luzes sobre a capacidade do Cade em detectar esse tipo de conduta e a sua relação com outros ilícitos, fazia com que fosse necessária a devida e tempestiva resposta do órgão. Ali se iniciou o desenvolvimento do protocolo de análise forense, que, anos mais tarde, foi fundamental no âmbito das investigações da “Operação Lava Jato” e cuja capacidade de identificação de evidências de cartel superou inclusive o próprio processo administrativo do Cade, para se converter em uma ferramenta importante de obtenção de evidências a serem utilizadas também no processo criminal e nas outras investigações relacionadas.

Diante dessa evolução histórica do uso dos mecanismos de busca e apreensão e prova emprestada, e da capacidade analítica do Cade com relação às evidências de cartel, o marco fundamental foi a nova estrutura trazida pela Lei 12.529/2011 e a prioridade dada à detecção desse tipo de conduta. Os números demonstram que quase 50% das operações de busca realizadas pelo Cade ocorreram depois de 2012. Isto é, em cinco anos, o Cade realizou praticamente o mesmo número de operações que haviam sido realizadas nos 10 anos anteriores. Se concentrarmos tais números apenas nas operações de natureza cível (aquelas propostas pela Procuradoria do Cade), os números também corroboram a afirmação, já que nos últimos cinco anos foram realizadas oito operações cíveis (44%) de um total de 18.

Sem dúvida, com a “Operação Lava Jato” tem-se a grande demonstração da capacidade de utilização desses mecanismos, sobretudo

<sup>15</sup> Para mais informações, sugere-se a busca nos autos públicos, disponíveis eletronicamente no *site* do Cade: Processo Administrativo 08700.004617/2013-41.

quando adotados como parte de uma estratégia conjunta com as investigações de outros órgãos. Como já afirmado alhures, no âmbito da Operação, o uso conjunto dos instrumentos de investigação dos diferentes órgãos vai além de mera estratégia de investigação, sendo uma necessidade, dada a complexidade e variedade de temas e ilícitos sob escrutínio. Vale ressaltar, neste ponto, que um dos primeiros “contatos” institucionais do Cade com a Força-Tarefa da “Operação Lava Jato” começa, justamente, solicitando o compartilhamento de provas oriundas de buscas e apreensões realizadas na 7ª fase da Operação, a primeira cujo objeto específico era direcionado a um suposto cartel de empreiteiras envolvido no ilícito.

Nesse contexto, como também já mencionado, é importante ressaltar a atuação da Força Tarefa do Ministério Público Federal em Curitiba, materializada no pedido feito ato contínuo ao Juiz Sérgio Moro, solicitando o compartilhamento das provas de cartel com o órgão especializado nesse tipo de análise e investigação, o Cade. No caso da “Operação Lava Jato”, tanto pelo pioneirismo como pela condução da ampla investigação (que envolve inúmeros outros ilícitos, para além de cartel), as medidas de investigação têm sido lideradas no âmbito criminal, tendo o Cade acesso a todo o material referente ao ilícito de cartel. Dessa forma, tanto aquelas provas produzidas em inquéritos e ações penais (como depoimentos e outros documentos) como as oriundas das medidas de busca e apreensão são acessadas de forma quase imediata pelo Cade, e a análise daquilo que se refere ao cartel tem sido feita pelo Cade não só para fins dos seus processos administrativos, mas também para subsidiar as investigações de outras autoridades, como por exemplo nas ações penais, em que muitas vezes as evidências de cartel e outros ilícitos são indissociáveis. Isso tem permitido a abertura de novas investigações (tanto administrativas como criminais) em diferentes setores.

Exemplo desse contexto pode ser evidenciado em um caso em que o principal foco da operação de busca e apreensão era o cartel, e que o principal fundamento tenha sido o Acordo de Leniência firmado com o Cade relativo a esse ilícito, como ocorrido, por exemplo, na investigação do cartel envolvendo a construção de ferrovias da concessionária VALLEC.<sup>16</sup> Nesse caso, a participação do Cade se deu para além da análise de provas, mas no planejamento e na própria execução da operação de busca e apreensão criminal, em conjunto com o Ministério Público Federal e a

<sup>16</sup> Para mais informações, sugere-se o *press release* do Cade. <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-mpf-go-e-policia-federal-realizam-operacao-para-investigar-suposto-cartel-em-licitacoes-de-ferrovias>>.

Polícia Federal de Goiás. Nesse caso, inclusive, a análise do material apreendido, desde sua triagem pós-busca até o seu processamento e análise forense, tem sido feita pelo Cade. A experiência do protocolo de análise mais uma vez tem se demonstrado elemento fundamental, permitindo, de maneira tempestiva, a análise de mais de 20tb de dados referentes a mais de 20 empresas envolvidas.

Por fim, cumpre ressaltar que, no âmbito do direito antitruste, a consolidação desses mecanismos de busca e apreensão (sejam eles cíveis ou criminais), bem como de uma metodologia de análise especializada conjugada com a possibilidade de utilização da prova emprestada, cujo ápice é atingido com a operação Lava Jato, trouxe à política de combate a cartéis um caráter dissuasório imensurável. Esse caráter se demonstra por meio de consequências internas e externas aos processos em que ocorre esse tipo de investigação. Internamente, aumentam-se os incentivos àqueles que não estão colaborando e foram alvo das medidas de, se assim quiserem, procurarem o Cade para a celebração de acordos de colaboração<sup>17</sup>. Externamente, a demonstração da capacidade de detecção do órgão, materializada em uma medida ostensiva, aumenta a consciência do risco para aqueles que cometem ilícitos de terem sua conduta descoberta, o que induz um maior incentivo ao *Compliance*. Esse incentivo ao *Compliance*, no Cade, pode ser verificado pelo aumento de Acordos de Leniência e de TCC simultaneamente ao aumento da eficácia do *enforcement*.<sup>18</sup> O impacto específico da “Operação Lava Jato” nesse aumento dos acordos de colaboração será mais bem explicitado nos próximos itens.

<sup>17</sup> Estima-se que em cada caso em que se realizou uma operação de busca ao menos dois pedidos de TCCs subsequentes são protocolados. Nos casos públicos da “Operação Lava Jato” essa estimativa vem se corroborando.

<sup>18</sup> Entre os pilares de um Programa de Leniência efetivo estão (i) o receio de detecção do ilícito pelos órgãos investigadores, (ii) o risco de severas punições e (iii) a segurança, previsibilidade e transparência do Programa. O maior *enforcement* realizado pelo Cade reforça justamente os pilares (i) e (ii), aumentando os incentivos ao *Compliance*. Para mais informações sobre os pilares de um Programa de Leniência, sugere-se: <<http://www.justice.gov/atr/speech/cornerstones-effective-leniency-program>>.

### 3.2. Dos acordos de leniência antitruste na “Operação Lava Jato”

Conforme já mencionado anteriormente, o Programa de Leniência Antitruste é reconhecido nacional<sup>19</sup> e internacionalmente<sup>20-21</sup> como um dos instrumentos mais eficazes para detectar, investigar e coibir condutas anticompetitivas com potencial lesivo à concorrência e ao bem-estar social. Constitui, assim, um importante pilar da política de combate a cartéis<sup>22</sup>. O Programa de Leniência foi introduzido, no Brasil, pela Lei 10.149/2000, que alterou a Lei 8.884/94 (arts. 35-B e C)<sup>23</sup>, com o objetivo de fortalecer a atividade de repressão de infrações à ordem econômica do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Atualmente, o Programa de Leniência Antitruste brasileiro encontra previsão legal nos arts. 86 e 87 da Lei de De-

<sup>19</sup> CADE. Requerimento n. 08700.004992/2007-43, Relator Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo, julgado em 17/12/2008. “O Programa de Leniência não é um fim em si mesmo, mas um importante mecanismo para dissuadir condutas uniformes lesivas à concorrência, este sim um fim da política de defesa da concorrência. O mesmo se aplica à eliminação de ‘obstáculos à persecução administrativa e criminal de cartéis’, mandados de busca e apreensão, métodos estatísticos para detecção de cartéis e o próprio TCC que, como visto, é parte do programa de combate a cartéis.”

<sup>20</sup> OCDE. Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes. 2002, p. 11. “Some jurisdictions have developed programs that offer leniency in order to encourage violators to tell these secrets, to confess and implicate their co-conspirators with first-hand, direct “insider” evidence that provides convincing proof of conduct parties want to conceal. The programs uncover conspiracies that would otherwise go undetected. They elicit confessions, direct evidence about other participants, and leads that investigators can follow for other evidence too. The evidence is obtained more quickly, and at lower direct cost, compared to other methods of investigation, leading to prompt and efficient resolution of cases. To get this information, the parties who provide it are promised lower fines, shorter sentences, less restrictive orders, or even complete amnesty.”

<sup>21</sup> Terminologicamente, em algumas jurisdições se utilizam os termos *amnesty* ou *immunity* para se referir às hipóteses de acordo em que há imunidade total, ao passo que *leniency* é o termo utilizado para aqueles acordos em que há apenas redução da penalidade aplicável.

<sup>22</sup> Em linhas gerais, cartel é um acordo explícito ou implícito entre concorrentes para, principalmente, fixação de preços ou quotas de produção, divisão de clientes e de mercados de atuação, bem como para a troca de informações comercialmente sensíveis.

<sup>23</sup> Na vigência da Lei 8.884/1994, o Programa de Leniência foi disciplinado pela Portaria do Ministério da Justiça 4/2006 (art. 61) e pela Portaria do Ministério da Justiça 456/2010 (art. 59).

fesa da Concorrência (Lei 12.529/2011)<sup>24-25</sup>, além de ser objeto de um Guia do Cade para detalhar cada uma das fases de sua negociação<sup>26</sup>.

A exigência básica no Programa de Leniência Antitruste é que o proponente – empresa e/ou indivíduo<sup>27-28</sup> – do Acordo de Leniência seja

<sup>24</sup> Nos termos dos arts. 86 e 87 da Lei 12.529/2011 e nos arts. 197 a 210 do Regulamento Interno do Cade (RICade), o Programa de Leniência Antitruste é um conjunto de iniciativas com vistas a detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica; informar e orientar permanentemente as empresas e os cidadãos em geral a respeito dos direitos e garantias previstos na legislação; e incentivar, orientar e assistir os proponentes à celebração de Acordo de Leniência.

<sup>25</sup> A Lei 12.529/2011 trouxe algumas sutis – mas importantes – modificações do Programa de Leniência Antitruste em relação à Lei anterior, notadamente: (i) a alteração da autoridade competente para celebrar o acordo (na Lei 8.884/94 era a União, por intermédio da Secretaria de Direito Econômico, e na Lei 12.529/2011 é o CADE, por intermédio da Superintendência-Geral); (ii) o fim do impedimento para que o líder do cartel seja Proponente do acordo; e (iii) a ampliação dos ilícitos penais cobertos pela imunidade concedida ao Signatário (na Lei 8.884/94 eram apenas os ilícitos da Lei 8.137/90 e na Lei 12.529/2011 são ilícitos tais como os da Lei 8.137/90, da Lei 8.666/93 e do art. 288 do Código Penal).

<sup>26</sup> CADE. *Guia do Programa de Leniência Antitruste do Cade*. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia\\_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf)>.

<sup>27</sup> Cumpre ressaltar que, nos termos do art. 86, § 1º, inciso I, da Lei 12.529/2011 c/c art. 198 do RICade, a proposta de acordo de leniência realizada pela empresa será estendida às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração, desde que o firmem em conjunto. Terá o mesmo efeito da assinatura em conjunto a adesão ao acordo formalizada em documento apartado e em momento subsequente, quando admitida pela autoridade, segundo critério de conveniência e oportunidade. Por sua vez, se a proposta de acordo de leniência for realizada separada e antecipadamente pelo indivíduo funcionário e/ou ex-funcionário da empresa, os efeitos não se estenderão à empresa, no que se destaca ser uma “corrida pelo *marker*” também entre empresa e indivíduos.

<sup>28</sup> Cumpre ressaltar que, nos termos do art. 86, § 1º, inciso I, da Lei 12.529/2011 c/c art. 198 do RICade, a proposta de acordo de leniência realizada pela empresa será estendida às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração, desde que o firmem em conjunto. Terá o mesmo efeito da assinatura em conjunto a adesão ao acordo formalizada em documento apartado e em momento subsequente, quando admitida pela autoridade, segundo critério de conveniência e oportunidade. Por sua vez, se a proposta de acordo de leniência for realizada separada e antecipadamente pelo indivíduo funcionário e/ou ex-funcionário da empresa, os efeitos não se estenderão à empresa, no que se destaca ser uma “corrida pelo *marker*” também entre empresa e indivíduos.

o primeiro a trazer ao conhecimento do Cade a infração noticiada. Caso assim aconteça, o proponente deve confessar sua participação no ilícito, colaborar plena e permanentemente com as investigações e cessar completamente seu envolvimento na infração a partir da propositura do acordo. Da sua colaboração, deve resultar a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

O Programa de Leniência Antitruste brasileiro resulta então em benefícios significativos às investigações, na medida em que o Cade passa a ter conhecimento sobre um cartel antes desconhecido, além de ter também acesso “direto” a informações, provas e detalhes da conduta anticompetitiva. Há, ainda, benefícios à política concorrencial em geral, pois, em termos da função repressiva, o Cade passa a ter acesso a provas de difícil obtenção, e em termos da função preventiva, insere-se um elemento adicional na incerteza inerente aos conluios. Por sua vez, há também benefícios para os proponentes, na medida em que a legislação oferece imunidade tanto administrativa quanto criminal em relação às penas aplicáveis (art. 87 da Lei 12.529/2011), uma vez que cartéis, além de reprimidos administrativamente pelo Cade (art. 36 da Lei 12.529/2011<sup>29</sup>), também são alvo de perseguições no âmbito penal (art. 4º da Lei 8.137/90<sup>30</sup>).

<sup>29</sup> Lei 12.529/2011, Art. 36: “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre-iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; III – aumentar arbitrariamente os lucros; e IV – exercer de forma abusiva posição dominante. [...] § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I – acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública”.

<sup>30</sup> Lei 8.137/90, Art. 4º: “Constitui crime contra a ordem econômica: I – abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas; II – formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao

Diante dessa breve apresentação do Programa de Leniência Antitruste brasileiro, cumpre discutir o impacto desse instrumento no âmbito da chamada “Operação Lava Jato”. Até maio de 2017, havia sete investigações públicas originadas de Acordos de Leniência no âmbito da “Operação Lava Jato”.<sup>31</sup> Outros acordos e novas investigações ainda podem ocorrer, tendo em vista o aumento na procura do Programa de Leniência.<sup>32</sup>

Ao longo dos quase 18 anos de existência legislativa do Programa de Leniência Antitruste brasileiro – 15 destes de efetivo uso do instrumento, dado que o primeiro acordo foi assinado apenas em 2003<sup>33</sup> –

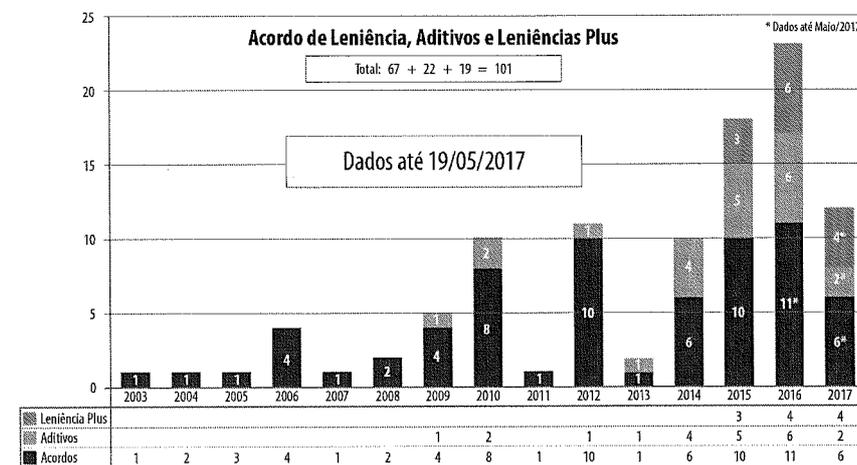
controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa”. Essa sanção pode, ainda, ser aumentada de um terço até metade se o crime causar grave dano à coletividade, for cometido por um servidor público ou se relacionar a bens ou serviços essenciais para a vida ou para a saúde.

<sup>31</sup> As sete investigações públicas até o presente momento são as seguintes: (i) Processo Administrativo 08700.002086/2015-14, relativo a obras de serviços de engenharia, construção e montagem industrial em licitações públicas da Petrobras; (ii) Processo Administrativo 08700.007351/2015-51, relativo a obras de montagem eletromecânica na “usina Angra 3”, em licitação pública da Eletronuclear; (iii) Processo Administrativo 08700.001836/2016-11, relativo a obras civis de infraestrutura e superestrutura ferroviárias, obras de arte especiais e serviços de engenharia para implantação da Ferrovia Norte-Sul (“FNS” – EF-151) e da Ferrovia de Integração Oeste-Leste (“FIOL” – EF-334); (iv) Inquérito Administrativo 08700.006377/2016-62, referente à licitação para a concessão de exploração da Usina Hidrelétrica Belo Monte (UHE Belo Monte – Leilão n. 06/2009) e à contratação para a construção da UHE Belo Monte, na modalidade EPC (Concorrência Privada da Norte Energia S.A); (v) Inquérito Administrativo 08700.007776/2016-41, referente à licitação para obras públicas de serviços de engenharia e construção para urbanização do Complexo do Alemão, Complexo de Manguinhos e Comunidade da Rocinha; (vi) Inquérito Administrativo 08700.007777/2016-95, referente às licitações da Petrobras para a contratação de serviços de engenharia e construção civil predial de “Edificações de Grande Porte com Características Especiais”; e (vii) Inquérito Administrativo 08700.006630/2016-88, referente às obras de construção civil, modernização e/ou reforma de instalações esportivas (“estádios de futebol”) destinados à Copa do Mundo do Brasil de 2014.

<sup>32</sup> A informação sobre outras possíveis negociações de acordos encontra-se disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,cade-investiga-30-carteis-formados-por-empresas-envolvidas-na-lava-jato,10000089064>>.

<sup>33</sup> A respeito dos avanços e desafios do Programa de Leniência brasileiro, sugere-se: ATHAYDE, Amanda; FIDELIS, Andressa. Nearly 16 years of the Leniency Program in Brazil: Breakthroughs and challenges in cartel prosecution. *CPI Antitrust Chronicle*, v. 3, p. 39-45, 2016.

até a presente data, foram assinados 67 novos Acordos de Leniência e 22 Aditivos, sendo que 12 desses novos Acordos são oriundos de leniência plus<sup>34</sup> (vide gráfico abaixo). Diante disso, pode-se concluir que a Lava Jato já é responsável por mais de 10% dos Acordos de Leniência assinados na história do Cade.



Dados até 19/05/2017

Diante desse cenário, é importante destacar algumas discussões realizadas em sede do Programa de Leniência que já foram devidamente endereçadas no âmbito da “Operação Lava Jato”. Uma primeira questão discutida dizia respeito à abrangência criminal do Acordo de Leniência Antitruste. Ora, tem-se que, diante das naturais repercussões criminais derivadas de um Acordo de Leniência, a experiência consolidada do Cade é no sentido de viabilizar a intervenção do Ministério Público nos acordos, titular privativo da ação penal pública e detentor de atribuição criminal. Assim, conforme já destacado *supra*, tipicamente o Ministério Público (Estadual e/ou o Federal) participa como agente interveniente no acordo, a fim de conferir maior segurança jurídica ao Acordo de Leniência Antitruste. Os acordos celebrados no âmbito da “Operação Lava Jato” seguem à risca essa regra, na medida em que todos os Acordos de Leniência celebrados pelo Cade na Operação contaram com a intervenção de pelo menos um Ministério Público, sendo o Ministério Público Federal no Paraná (MPF/PR) e o Ministério Público Federal no Rio de Janeiro, em suas respectivas

<sup>34</sup> Ver explicação mais detalhada desse instituto abaixo.

“Forças-Tarefas”, os principais elos de contato com o Cade até o momento.

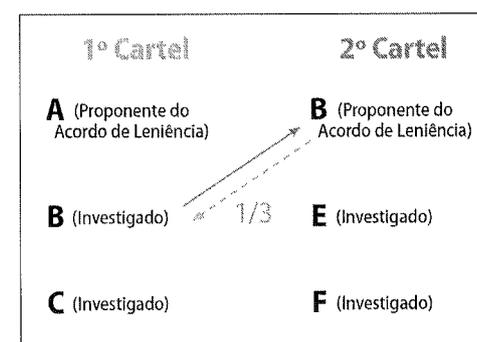
Uma questão que se põe sobre essa abrangência criminal do Acordo de Leniência, portanto, foi a seguinte: o que se poderia considerar crime diretamente relacionado à prática do cartel, passível então da proteção por meio do Acordo de Leniência Antitruste?<sup>35</sup> A discussão vem à tona diante da redação do art. 87 da Lei 12.529/2011<sup>36</sup>, que traz lista exemplificativa de crimes considerados diretamente relacionados a cartel e que podem então ser considerados abarcados pelos benefícios do acordo – “tais como” aqueles crimes da Lei 8.666/93 e o crime de associação criminosa, previsto no Código Penal. A fim de endereçar diretamente essa questão, os Acordos de Leniência Antitruste no âmbito da “Operação Lava Jato” contam com cláusula específica sobre a interpretação desse artigo, conforme se apresenta *in verbis*: “Cláusula 7.9. Estão cientes de que os benefícios previstos no artigo 87 da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, decorrentes da assinatura deste acordo, não se aplicam aos ilícitos

<sup>35</sup> A respeito desse assunto, Amanda Athayde e Rodrigo de Grandis já se manifestaram no sentido de que: “[...] o Acordo de Leniência Antitruste abrangeria todas as infrações penais que representam um fato prévio normal ou necessário à formação do cartel, em uma típica relação de consunção ou de absorção. Esse critério, originariamente estabelecido para a resolução do conflito aparente de normas penais, tem o mérito de impedir que o Signatário do Acordo de Leniência Antitruste sofra punição por um crime que, em verdade, foi absorvido pelo cartel, considerado delito mais grave, e, ao mesmo tempo, assegurar ao Estado o direito de perseguir penalmente as condutas que não guardam nenhuma correspondência substantiva com a infração contra a ordem econômica. Assim, no caso do exemplo figurado proposto neste artigo, entendemos que a corrupção ativa, a lavagem de dinheiro, a evasão de divisas e o homicídio não constituem, sob o aspecto típico, uma normal fase de preparação ou de execução do delito de cartel, de modo que não estariam, pelo menos em tese, alcançados pelo Acordo de Leniência Antitruste”. ATHAYDE, Amanda; DE GRANDIS, Rodrigo. Programa de Leniência Antitruste e Repercussões Criminais: desafios e oportunidades. In: DE CARVALHO, Vinícius Marques (Org.). *Os primeiros anos da nova Lei de Defesa da Concorrência: resultados da reestruturação do SBDC*. São Paulo: Singular, 2015. p.

<sup>36</sup> Art. 87 da Lei 12.529/2011: “Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o *caput* deste artigo”.

tos não relacionados diretamente à prática de cartel no presente caso, tais como os crimes de corrupção e lavagem de dinheiro, ainda que conexos aos crimes de cartel objeto deste acordo”. Assim, a questão da abrangência criminal do Acordo de Leniência encontra-se expressamente endereçada em cláusula contratual, de modo que se tem claro que, ao menos nos casos da “Operação Lava Jato”, não se entende como diretamente relacionados a cartel os crimes de corrupção e lavagem de dinheiro, ainda que conexos aos crimes de cartel.

Uma segunda discussão interessante trazida no bojo do Programa de Leniência disse respeito ao uso do instrumento denominado “leniência *plus*”. A leniência *plus*, prevista no art. 86, §§ 7º e 8º, da Lei 12.529/2011 c/c art. 209 do Ricate, consiste em um benefício de redução em um terço da penalidade aplicável à empresa e/ou ao indivíduo que fornecer informações acerca de um novo cartel sobre o qual a SG/Cade não tinha conhecimento prévio (“Novo Acordo de Leniência”), quando esta mesma empresa e/ou pessoa física não se qualificar para um Acordo de Leniência com relação a outro cartel do qual tenha participado (“Acordo de Leniência Original”). Assim, em relação à nova infração denunciada, uma vez satisfeitos os requisitos legais, o proponente receberá todos os benefícios do Acordo de Leniência Antitruste (arts. 86 e 87 da Lei 12.529.2011). Em relação à infração já sob investigação da SG/Cade, o proponente poderá beneficiar-se com a redução de um terço da penalidade aplicável (*plus*), na medida de sua cooperação com as investigações. A fim de facilitar a compreensão do instituto, apresenta-se a imagem didática abaixo:



Isso significa que, caso a empresa e/ou indivíduo tenha celebrado anteriormente um Acordo de Leniência com o Cade em um mercado e, posteriormente, venha a ser investigado em outro mercado, não será a ele aplicável o benefício da leniência *plus* de forma retroativa, pois não estará

trazendo ao conhecimento do Cade qualquer informação nova, facultando-lhe apenas a celebração de um TCC (*vide* seção 3.3, *infra*). A empresa e/ou indivíduo, ao solicitar uma leniência *plus*, portanto, deverá se esforçar para trazer ao conhecimento da SG/Cade todas as condutas anticompetitivas de que tenha participado, incluindo novas infrações de que o Cade não tenha conhecimento.

A “Operação Lava Jato” nos oferece um exemplo público da utilização desse instituto. Uma empresa e alguns de seus funcionários e/ou ex-funcionários eram investigados no Processo Administrativo 08700.002086/2015-14, relativo a obras de serviços de engenharia, construção e montagem industrial em licitações públicas da Petrobras. Diante disso, não se habilitavam para a negociação de Acordo de Leniência naquele mercado, pois não eram os primeiros a reportar os fatos ilícitos ao Cade. Ocorre que a empresa e um de seus funcionários trouxeram ao conhecimento do Cade outro caso de cartel, em outro mercado, do qual o Cade não tinha conhecimento prévio. Assim, a empresa e o seu funcionário negociaram um novo Acordo de Leniência, que deu ensejo ao Processo Administrativo 08700.007351/2015-51, relativo a obras de montagem eletromecânica na “usina Angra 3”, em licitação pública da Eletronuclear. Com relação à investigação no primeiro Processo Administrativo 08700.002086/2015-14, portanto, concedeu-se um desconto adicional de 1/3, consistente justamente na leniência *plus*.<sup>37</sup>

Dito isso, tal qual previsto em outras jurisdições no exterior – notadamente nos Estados Unidos<sup>38</sup> –, o Cade percebeu que o instituto da leniência *plus* se coaduna com o objetivo maior da sua função repressiva, especificamente na persecução a cartéis, dado que a colaboração da empresa e/ou dos indivíduos permite a obtenção de informações e documentos de condutas anticompetitivas distintas e ainda não descobertas. Para cada nova investigação iniciada pela autoridade antitruste, portanto, abre-se a oportunidade de que novas condutas anticompetitivas sejam descobertas, na medida em que cada representado terá ainda mais incentivos a reportar ao Cade uma infração desconhecida, a fim de, com isso, receber uma redução adicional na sua penalidade.

<sup>37</sup> Para mais informações, sugere-se o *Press Release* do Cade: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-com-construtora-camargo-correa-na-investigacao-de-cartel-em-licitacoes-da-petrobras>>.

<sup>38</sup> Para mais informações sobre o instituto da leniência *plus* nos Estados Unidos, recomenda-se a leitura das questões 8 a 11 do *Frequently Asked Questions about the antitrust division's leniency program and model leniency letters – Department of Justice*. Atualizado em janeiro de 2017, disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/page/file/926521/download>>.

Nesse contexto de leniências *plus*, uma nova discussão surgiu no Cade: seria possível combinar descontos da leniência *plus* com os de TCCs? O desafio posto foi o seguinte: caso a empresa e/ou indivíduo já investigada em um primeiro cartel (1º cartel) traga ao conhecimento do Cade novo cartel (2º cartel, ou seja, qualifica-se para leniência *plus*), e caso ela queira também colaborar em TCC na investigação do primeiro cartel, poderá ela combinar ambos os descontos? Se sim, como seria feito esse cálculo de ambos os descontos? E como fazer com que essa combinação de descontos não crie desincentivos aos pedidos de novos Acordos de Leniência, não conectados a investigações já em andamento?

A fim de endereçar essas dúvidas e garantir previsibilidade e segurança jurídica aos administrados, o Regimento Interno do Cade esclareceu que a empresa e/ou indivíduo que celebre um TCC com relação a determinada conduta anticompetitiva já em investigação (1º cartel) pode ser beneficiada pela conjugação dos benefícios da leniência *plus* e do TCC, caso, até a remessa do processo para julgamento, habilite-se para celebração de acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha conhecimento prévio (2º cartel). A aplicação de ambos os descontos, porém, é realizada de modo subsequente (ou seja, primeiro incide o desconto de uma leniência *plus* e, posteriormente, o desconto do TCC) e não cumulativa (ou seja, não se trata de uma simples adição de ambos os descontos). Isso porque o Cade entendeu que a aplicação cumulativa poderia trazer benefício excessivo à empresa e/ou pessoa física que praticou cartel em diversos mercados, com possível redução do efeito dissuasório e com possível desincentivo à ágil apresentação de novas propostas de Acordo de Leniência. A aplicação subsequente possui então interpretação que se extrai da própria legislação, e mantém a consistência entre o valor máximo de descontos da leniência *plus* e do TCC em comparação com a hipótese de leniência parcial.

Assim, considerando que a negociação do TCC prevê faixas de descontos (*vide Guia de TCC*, detalhado no item 3.3, *infra*), a aplicação subsequente da leniência *plus* com o TCC pode resultar nos seguintes parâmetros totais de desconto sobre a multa esperada, tal qual definido no art. 209 § 3º, do RICade: caso seja o primeiro proponente de TCC com leniência *plus*: de 53,33% a 66,67%; caso seja o segundo proponente de TCC com leniência *plus*: de 50% a 60%; e para os demais proponentes de TCC com leniência *plus*: até 50%. Lembra-se, ainda, que nenhum requerimento poderá prever redução percentual superior àquela estabelecida em TCCs com leniência *plus* já celebrados no âmbito do mesmo processo administrativo, dada a aplicação subsidiária das regras do TCC (art. 209, § 4º, do RICade).

Por fim, uma terceira discussão trazida com destaque no bojo da “Operação Lava Jato” disse respeito à ordenação da “fila de espera” para aqueles proponentes do Acordo de Leniência que não obtiveram o *marker*. Tendo em vista o aumento de 510% na quantidade de propostas no Programa de Leniência do Cade<sup>39</sup>, a importância da segurança jurídica quanto à posição do proponente na “fila de chegada” no Cade mostrou-se ainda mais clara. Sabe-se que o pedido de *marker*, conhecido no Brasil como o pedido de “senha”, consiste no ato em que o proponente do Acordo de Leniência entra em contato com a SG/Cade a fim de comunicar o interesse em propor Acordo de Leniência em relação a uma determinada conduta anticoncorrencial coletiva e, assim, garantir que é o primeiro proponente em relação a essa conduta. Trata-se, portanto, de uma espécie de corrida entre os participantes da conduta anticompetitiva para contatar a autoridade antitruste e reportar a infração e, com isso, candidatar-se aos benefícios do Acordo de Leniência – os quais são conferidos apenas ao primeiro proponente a se qualificar junto à SG/Cade.<sup>40</sup>

O *marker* só é concedido ao primeiro que reportar a infração concorrencial, tendo em vista a premissa do Programa de Leniência Antitruste de que apenas o primeiro possa assinar o acordo com relação àquela infração concorrencial. Sendo assim, foi importante esclarecer o que aconteceria com aquelas empresas e/ou indivíduos que procurassem o Cade para reportar a infração, mas que chegassem atrasados nessa “corrida pelo *marker*”. Seria possível atribuir incentivos a que os participantes da conduta procurem mais cedo a autoridade antitruste, desestabilizando ainda mais os arranjos entre os concorrentes?

Para garantir aos administrados transparência e previsibilidade sobre a negociação dos Acordos de Leniência, há então no Regimento Interno do Cade artigo específico que trata dessa hipótese de indisponibilidade do *marker* (art. 199-A do RICade). Nessa situação, a SG/Cade certifica que o proponente consta em “fila de espera”. A fila é organizada por ordem de chegada (2º, 3º, 4º colocados, por exemplo), mas os demais proponentes não têm conhecimento da posição exata em que se encontram na fila. Foram então aclarados pelo menos dois incentivos para que a empresa e/ou

<sup>39</sup> Informações contidas no balanço público das atividades do Cade de 2016, disponíveis em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-apresenta-balanco-de-suas-atividades-em-2016>>.

<sup>40</sup> Outras dúvidas a respeito do tema da concessão do *marker* podem ser sanadas no *Guia do Programa de Leniência do Cade*, sobretudo nas questões 29 a 45. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia\\_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf)>.

indivíduo permaneça na fila de espera, quando houver indisponibilidade do *marker*. Em primeiro lugar porque, nos termos do art. 199-A, § 2º, do RICade, o próximo proponente da fila (2º, 3º, 4º etc., conforme a ordem cronológica) será convidado a negociar novo Acordo de Leniência caso a negociação em andamento seja rejeitada, seja por desistência do proponente detentor da senha, seja por descumprimento dos requisitos legais ou dos prazos previstos no § 3º do art. 199 e do art. 204 do RICade. Em segundo lugar, é importante constar na “fila de espera” porque, nos termos do art. 199-A, § 4º, do RICade, caso a negociação do Acordo de Leniência em andamento seja aceita e o acordo seja assinado, os proponentes que ainda estiverem “em fila de espera” terão seus pedidos de senha automaticamente convertidos em pedidos para negociação de TCC, promovendo-se assim os maiores descontos àqueles que mais cedo procuraram o Cade.

Em que pesem todos os avanços já alcançados pelo Programa de Leniência no bojo da “Operação Lava Jato”, ainda existem relevantes discussões doutrinárias possíveis de serem aventadas. Uma primeira delas seria a seguinte: uma leniência parcial, nos termos do art. 86, § 4º, II, da Lei 12.529/2011<sup>41</sup>, poderia conceder os benefícios de uma leniência *plus*? Apesar de essa questão não ter sido enfrentada ainda em nenhum caso no bojo da “Operação Lava Jato”, pode vir a ser discutida em um futuro próximo, diante da multiplicidade de investigações realizadas pelo Cade, em conjunto e de forma cooperada com instituições criminais e de controle. A nosso ver, a mera leitura desses dispositivos legais leva a uma resposta negativa. O art. 86, § 7º, da Lei 12.529/2011<sup>42</sup> c/c o art. 209, *caput*, do RICade<sup>43</sup>, que tratam da

<sup>41</sup> Art. 86, § 4º, II, da Lei 12.529/2011: “Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo: [...] 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 graduação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência”.

<sup>42</sup> Art. 86, § 7º, da Lei 12.529/2011: “A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio”.

<sup>43</sup> Art. 209, *caput*, do RICade: “A pessoa jurídica ou pessoa física que não obtiver, no curso de investigação ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de leniência com relação a uma determinada prática, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual a Superintendência-Geral não tenha qualquer conhecimento prévio”.

leniência *plus*, revelam que o novo Acordo de Leniência deve-se relacionar a uma nova infração da qual a SG/Cade não tenha *qualquer* conhecimento prévio. Nesse sentido, uma leniência parcial não poderia fazer jus à obtenção do benefício da leniência *plus*, uma vez que se trata de hipótese em que a SG/Cade tem conhecimento prévio da infração noticiada, mas apenas não dispõe de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo de leniência (art. 86, § 1º, III, § 4º, II, da Lei 12.529/2011 c/c o art. 198, III e VI, e o art. 208, II, do Ricate).

Outra questão doutrinária – inclusive no bojo da “Operação Lava Jato”, dada a multiplicidade de condutas investigadas – é a seguinte: como avaliar se estamos diante de um único cartel ou de diversos cartéis? Quais seriam as características a se levar em conta nesse cenário? Essa discussão sobre “*Single v. Multiple Conspiracies*” nos Estados Unidos não é totalmente recente e já faz parte da experiência criminal do país. Tanto é assim que o *Grand Jury Practice Manual*<sup>44</sup>, da *Antitrust Division*, do *Department of Justice* (DOJ), editado pela primeira vez em 1991, tratou, além de outros temas, de apresentar orientações em face da consideração de existência de uma conduta única ou de múltiplas condutas (*conspiracies*). Similarmente, a discussão sobre “*Single and Continuous Infringement*” na União Europeia também não é totalmente recente e já faz parte da experiência antitruste do bloco. O conceito de “infração única e contínua” permite à Comissão Europeia (e às autoridades nacionais de defesa da concorrência, em geral) associar uma série de infrações pertencentes ao mesmo escopo de conduta anticompetitiva ao art. 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Pela doutrina adotada, o estabelecimento da participação e da responsabilidade de uma empresa pela “infração única e contínua” abrange todos os comportamentos anticoncorrenciais praticados por todas as partes envolvidas na infração única, e imputa a responsabilidade a todas as empresas em igual medida. A nosso ver, os casos em investigação no bojo da “Operação Lava Jato” trazem à tona essa questão – que já tem sido analisada com cautela e embasamento pelo Cade –, já que submercados de produtos/serviços, em mercados geográficos iguais ou diferentes, envolvendo por vezes as mesmas empresas ou empresas diferentes, praticando condutas anticompetitivas ao longo de vários anos, utilizando-se de estratégias e meios de implementação comuns ou diferentes, podem resultar em acordos anticompetitivos únicos ou distintos.

<sup>44</sup> *Antitrust Division Grand Jury Practice Manual*. 2011. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/4371.htm>>.

### 3.3. Dos Termos de Compromisso de Cessação na “Operação Lava Jato”

Conforme mencionado anteriormente, o Acordo de Leniência no Cade está disponível àqueles que forem os primeiros a reportar à autoridade antitruste a ocorrência de uma infração concorrencial da qual o Cade não tenha conhecimento prévio (leniência total) ou não tenha provas suficientes para assegurar a condenação (leniência total), nos termos do art. 86, § 1º, c/c § 4º, I e II, da Lei 12.529/2011. O que acontece, porém, com as empresas e/ou indivíduos que queiram colaborar com as investigações, mas que não tenham chegado a tempo de obter um *marker*? A opção para tais investigados, então, é propor a negociação de um Termo de Compromisso de Cessação (TCC).

Nos termos do art. 85 da Lei 12.529/2011, o Cade poderá tomar compromisso de cessação da prática investigada ou de seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que tal compromisso atende aos interesses protegidos por lei. O § 1º desse mesmo dispositivo legal estabelece os requisitos mínimos que deverão constar do referido termo de compromisso, a saber: (i) a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis; (ii) fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível; (iii) a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações comprometidas. Outros requisitos, a serem observados tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes (ou seja, em casos de cartel), são: (iv) reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário, nos termos do art. 185 do RICade<sup>45</sup> – exigência essa considerada legítima e confirmada pelos tribunais brasileiros<sup>46</sup> –; e (v) colaboração do compromissário com a ins-

<sup>45</sup> RICADE. Regimento Interno do CADE. Art. 185: “Tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, o compromisso de cessação deverá, necessariamente, conter reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário”.

<sup>46</sup> Sobre a exigência de reconhecimento da participação na conduta, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região já decidiu no sentido de que “a norma inserta no Regimento Interno do Cade não extrapolou os limites estabelecidos na legislação de regência, mas apenas veio regulamentar, com base em critérios objetivos, em que situações seria possível a celebração de Termo de Compromisso de Cessação, sendo que, no caso, é condição essencial para tanto o reconhecimento da participação na conduta por parte do compromissário”. Agravo de Instrumento 0070598-57.2013.4.01.0000/

trução processual, nos termos do art. 186 do RICade<sup>47</sup>. A negociação dos TCCs em casos de cartel é objeto de um Guia do Cade<sup>48</sup>.

Ao longo dos anos de existência legislativa do Programa de TCCs do Cade, até a presente data, foram homologados mais de 160 TCCs referentes à conduta anticompetitiva de cartel (*vide* gráfico abaixo). Especificamente no âmbito da “Operação Lava Jato”, já foram homologados pelo Plenário do Tribunal do Cade 5<sup>49</sup> TCCs com empresas e/ou indivíduos investigados,

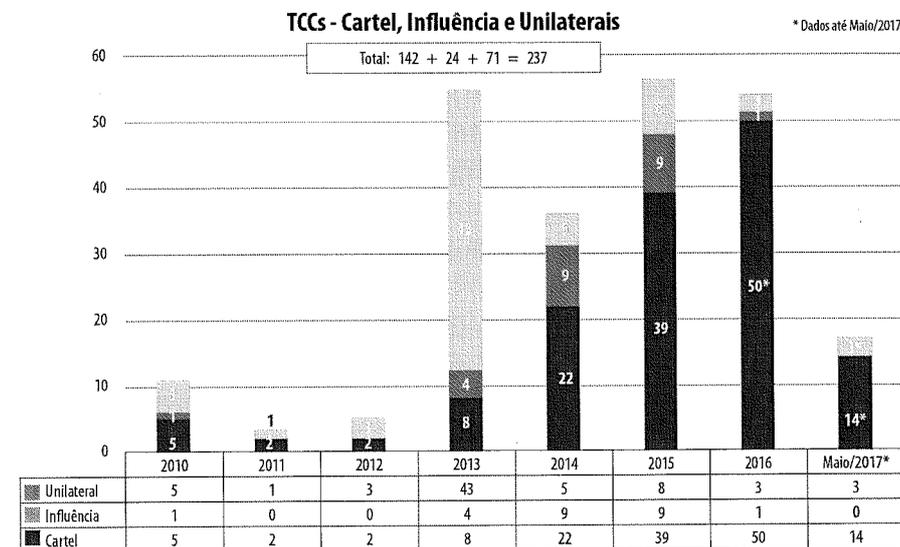
DF (30.01.2014) e Agravo de Instrumento 0004708-40.2014.4.01.0000 (03.02.2014), Relator Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian.

<sup>47</sup> RICADE. Regimento Interno do CADE. Art. 186: “Tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, a proposta final encaminhada pelo Superintendente-Geral ao Presidente do Tribunal, termos do Art. 181, § 4º, deste Regimento Interno, deverá, necessariamente, contar com previsão de colaboração do compromissário com a instrução”.

<sup>48</sup> CADE. *Guia dos Termos de Compromisso de Cessação para os casos de cartel*. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-tcc-versao-final-1.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final-1.pdf)>.

<sup>49</sup> Os cinco TCCs homologados até o presente momento são os seguintes: (i) Camargo Corrêa e alguns de seus funcionários e/ou ex-funcionários celebraram TCC, em 19/08/2015, no âmbito do Processo Administrativo 08700.002086/2015-14, relativo a obras de serviços de engenharia, construção e montagem industrial em licitações públicas da Petrobras, reconhecendo participação no ilícito, colaborando com as investigações e assumindo contribuição pecuniária de mais de R\$ 104 milhões (<<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-com-construtora-camargo-correa-na-investigacao-de-cartel-em-licitacoes-da-petrobras>>); (ii) Andrade Gutierrez e alguns de seus funcionários e/ou ex-funcionários celebraram TCC, em 18/01/2017, no âmbito do Processo Administrativo 08700.002086/2015-14, relativo a obras de serviços de engenharia, construção e montagem industrial em licitações públicas da Petrobras, e (iii) no Processo Administrativo 08700.007351/2015-51, relativo a obras de montagem eletromecânica na “usina Angra 3”, em licitação pública da Eletronuclear, reconhecendo participação no ilícito, colaborando com as investigações e assumindo contribuição pecuniária de mais de R\$ 56 milhões (<<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordos-com-andrade-gutierrez-e-utc-nas-investigacoes-de-cartel-em-licitacoes-da-petrobras-e-da-eletronuclear>>); (iv) UTC e alguns de seus funcionários e/ou ex-funcionários celebraram TCC, em 18/01/2017, no âmbito do Processo Administrativo 08700.002086/2015-14, relativo a obras de serviços de engenharia, construção e montagem industrial em licitações públicas da Petrobras, e (iii) no Processo Administrativo 08700.007351/2015-51, relativo a obras de montagem eletromecânica na “usina Angra 3”, em licitação pública da Eletronuclear, reconhecendo participação no ilícito, colaborando com as investigações e assumindo contribuição pecuniária de mais de R\$ 129 milhões (<<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordos-com-andrade-gutierrez-e-utc-nas-investigacoes-de>

resultando em uma contribuição pecuniária total de aproximadamente 280 milhões de reais. Esse montante pode aumentar ao longo do ano de 2017 e 2018, tendo em vista a possibilidade de outras negociações. Nesses TCCs, o Plenário do Tribunal do Cade reforçou que a alíquota aplicável deve estar compatível à gravidade do cartel e aos impactos na sociedade brasileira. Assim, foram aplicadas alíquotas máximas ou próximas do máximo.



Nesse contexto, destaca-se que o Guia de TCCs do Cade, disponível publicamente, tem auxiliado bastante na negociação de TCCs no bojo da “Operação Lava Jato”, ao oferecer segurança, previsibilidade e transparência a respeito das principais balizas utilizadas pela autoridade antitruste na análise da colaboração das partes. A primeira baliza consiste na avaliação da amplitude e utilidade da colaboração, e a segunda baliza trata do momento processual da colaboração. Assim, se os Compromissários do TCC identificam – mediante apresentação de novos documentos probatórios – novos participantes da infração, sua colaboração será valorada de maneira superior àqueles que apenas confirmam os participantes já conhecidos pela SG/Cade. No mesmo sentido, se os Compromissários do TCC aportam novas informações que comprovem a infração, notadamente se cotejadas com novos documentos, a colaboração é considerada mais valiosa para a instrução e, conseqüentemente, será valorada com um desconto maior. Similarmente, quanto ao momento processual da colaboração, entende-se ser mais vantajoso para a Administração Pública o mais cedo

-cartel-em-licitacoes-da-petrobras-e-da-eletronuclear>).

que o TCC for requerido pela parte. É assim que uma empresa e/ou indivíduo que consta em fila de espera e tem sua certidão convertida em TCC tem maior desconto do que aquele que apenas procura a autoridade antitruste para colaborar ao final da instrução na SG/Cade, por exemplo, ou até mesmo no Tribunal. Essa metodologia é aplicável a quaisquer casos de cartel negociados com o Cade, de modo que consubstanciou em relevante instrumento de previsibilidade aos investigados que pretendam colaborar com a autoridade antitruste no bojo da “Operação Lava Jato”. Em que pesem todos os avanços já realizados, reconhece-se que ainda há desafios a ser enfrentados, entre eles a situação já destacada anteriormente (*vide* itens 2 e 3.1, *supra*), da multiplicidade de esferas de penalização de uma mesma conduta anticompetitiva de cartel em licitação no Brasil.

### **Conclusão: Lava Jato como uma evolução no antitruste**

Como se pode observar neste artigo, ao longo dos últimos anos o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência vivenciou e promoveu evoluções significativas em sua capacidade de detecção e investigação de cartéis. Observou-se, paulatinamente, a introdução e definição de instrumentos que, em conjunto (“caixa de ferramentas”), parecem demonstrar uma real revolução no combate a cartéis no Brasil, em comparação com o *status quo* de duas décadas atrás. Tais mecanismos perpassaram pela evolução de instrumentos colaborativos, como os Acordos de Leniência e os TCCs, destinados a contribuir significativamente com a detecção e apuração de ilícitos. De outro lado, houve um investimento gradualmente intenso em métodos de investigação proativos, com a evolução do uso de buscas e apreensões, de provas emprestadas, e a crescente coordenação e colaboração com outras autoridades investigativas, para além do investimento em unidades antitruste dedicadas à apuração de cartéis – inclusive de cartéis em licitação.

Esse caminho evidencia, portanto, uma evolução da autoridade antitruste brasileira, e não uma revolução, causada ou fixada pela “Operação Lava Jato”. A Operação certamente representou um exemplo único e um teste de maturidade para os métodos investigativos do Cade no combate a cartéis, consolidados ao longo dos anos, demandando da autoridade de concorrência o uso concomitante do inteiro cabedal de instrumentos a seu dispor. A complexidade dos casos envolvidos também fez nascer novas perguntas, que demandarão reflexão e respostas futuras, a respeito das quais nos propomos discutir em outras oportunidades.

## **ANÁLISE DOS EFEITOS DA EXTENSÃO DE ACORDOS DE LENIÊNCIA A LÍDERES DE CARTEL: UMA REFLEXÃO A PARTIR DE INVESTIGAÇÃO EM MERCADO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO**

*Lucia Helena Salgado  
Sergio Aquino de Souza*

Neste artigo apresentamos um caso ainda em instrução no Cade, envolvendo a investigação sobre a organização de um cartel no mercado de prestação de serviços de manutenção a empresas, privadas e públicas. Uma vez que o caso ainda não foi julgado, as identidades das representadas são resguardadas, assim como se omitem informações mais precisas sobre o processo e o mercado em investigação.

Procurou-se aplicar ao exame do caso a análise econômica do direito, a moderna teoria da concorrência imperfeita e os métodos econométricos para extrair conclusões relevantes ao processo por meio de dados disponibilizados pela firma Alfa<sup>1</sup>, combinados com dados retirados de outras fontes publicamente disponíveis. Além de compreender o contexto econômico e institucional em que se realiza a investigação, buscou-se avaliar o impacto dos acordos de leniência na política brasileira de dissuasão de cartéis, assim como a existência e possível magnitude de vantagem auferida pela representada pela participação no suposto cartel no mercado mencionado, por meio da análise da trajetória do valor da receita dos serviços prestados pela firma Alfa ao longo de vários anos.

### **1. Os principais elementos fáticos do caso**

A Superintendência Geral do Cade (SG), em Nota Técnica X, concluiu pela existência de um cartel que teria funcionado, presumivelmente entre 2000 e 2006, no mercado (nacional) de prestação de serviços de manutenção. O alegado cartel se basearia em um esquema de troca de informações comercialmente sensíveis envolvendo processos de contrata-

<sup>1</sup> Nossa interação com o caso ocorreu a partir de solicitação dos patronos da firma Alfa (denominação fictícia), acusada de fazer parte do cartel em investigação), Siqueira Castro Advogados, em meados de 2016, para que emitíssemos laudo econômico-econométrico sobre o caso, a partir das informações disponibilizadas.