



DIREITO CONCORRENCIAL

TCCs em casos de cartel no CADE

Meios de obtenção de provas e/ou pactos de ajustamento de conduta?

AMANDA ATHAYDE

MARCO ANTONIO FONSECA JÚNIOR

24/12/2020 08:02



Crédito: Divulgação

Diferentemente do Acordo de Leniência Antitruste, que consiste em instrumento disponível apenas ao primeiro agente infrator a reportar a conduta anticoncorrencial ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), art. 86, §1º, I, da Lei nº 12.529/2011, e cujos benefícios são tanto administrativos quanto criminais (art. 86, §4º, c/c art. 87 da Lei nº 12.529/2011), o Termo de Compromisso de Cessação (TCC), consiste em instrumento acessível a todos os demais investigados na conduta anticompetitiva (art. 85 da Lei nº 12.529/2011), cujos benefícios estão restritos à seara administrativa, sem benefícios automáticos na seara criminal. Assim, ATHAYDE

O **JOTA** faz uso de cookies para oferecer uma melhor experiência a você. Ao utilizar nossos serviços, você concorda com essa prática. Saiba mais em nossa [Política de Privacidade](#).

ESTOU CIEI

Leniência, por conta dessa possível exposição do compromissário em relação à seara criminal.³

O Acordo de Leniência tem como clara finalidade a obtenção de provas, dada a expressa dicção legal do art. 86, incisos I e II, da Lei nº 12.529/2011: “*desde que (...) dessa colaboração resulte: I – a identificação dos demais envolvidos na infração; e II – a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação*”).

Os TCCs, por seu turno, não possuem finalidade tão facilmente identificável nos termos da Lei nº 12.529/2011, que deve ser também analisada sob a luz do Regimento Interno do Cade (RICade)⁴. Diante de tal cenário, qual a finalidade dos TCCs? Seriam meios de obtenção provas ou pactos de ajustamento de conduta, i.e., meros instrumentos para a abreviação de investigações de natureza antitruste?

JOTA PRO

ANÁLISE

Entenda o impacto das principais decisões do STF e do STJ para os negócios de sua empresa

Nome*

O **JOTA** faz uso de cookies para oferecer uma melhor experiência a você. Ao utilizar nossos serviços, você concorda com essa prática. Saiba mais em nossa [Política de Privacidade](#).

ESTOU CIEI

Empresa*

Telefone*



+55

Ao informar meus dados, eu concordo com a Política de Privacidade e com os Termos de Uso.

Quero conhecer o JOTA PRO

O art. 85 da Lei nº 12.529/2011⁵ estabelece que o Cade poderá tomar do investigado compromisso de cessação da prática investigada, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que atende aos interesses protegidos por lei. O RICade especifica que, para fins de TCCs em casos de cartel, é obrigatório o recolhimento de valor pecuniário (art. 183), o reconhecimento de participação na conduta investigada (art. 184) e a previsão de colaboração do compromissário com a instrução processual, no caso de proposta encaminhada pelo Superintendente-Geral (art. 185). O artigo 186 do RICade, ao tratar dos parâmetros para cálculo das contribuições pecuniárias a serem pagas, determina que devem ser levadas em consideração *a amplitude e a utilidade da colaboração* com a instrução processual.

O Guia de TCCs para casos de cartel⁶ ainda adverte que um TCC celebrado em fase prematura do processo terá maior capacidade de *auxiliar na investigação, agregando informações ainda desconhecidas ou pouco compreendidas pela autoridade e, com isso, indicando melhores caminhos de instrução*.

Nota-se, portanto, que apesar de a Lei nº 12.529/2011 aparentemente conferir ao instrumento do TCC uma roupagem de pacto de ajustamento de conduta, i.e., mero instrumento para a abreviação de investigações de natureza antitruste, a regulamentação infralegal, mormente o RICade, tende a conduzir a discricionariedade administrativa para que este instrumento seja utilizado como meio de obtenção de provas de condutas ilícitas. Registre-se que houve questionamento judicial desse dispositivo infralegal, mas o judiciário decidiu pela legalidade da exigência contida no

Esse alcance se assemelha ao do *plea agreement* norte americano, que tem como objetivos receber cooperação, criar e manter o ímpeto das investigações e resolver casos de cartel rapidamente, sem a necessidade de litígio, geralmente incluindo a apresentação de documentos e indicação de testemunhas para auxiliar na investigação.⁸

Destaca-se, porém, que a obrigatoriedade de colaboração do compromissário com a instrução processual restringe-se aos TCCs tomados com a Superintendência-Geral do Cade (SG/Cade). O Guia de TCCs expressamente confirma que a colaboração é *requisito para a celebração de TCCs* quando o processo ainda estiver em trâmite perante a Superintendência-Geral do órgão. Para os acordos firmados já durante a tramitação do Processo Administrativo no Tribunal, tal requisito não se aplica. O Guia adverte, porém, que TCCs celebrados em fase processual avançada têm pouca ou quase nenhuma possibilidade de agregar informações relevantes à instrução, sendo que sua principal utilidade, em termos de redução de custos, seria atingida por meio da resolução antecipada do processo, evitando futuras disputas judiciais.

Recorde-se que o Supremo Tribunal Federal⁹ já decidiu que a confissão, quando desacompanhada de elementos adicionais, não constitui prova suficiente à condenação dos demais investigados.

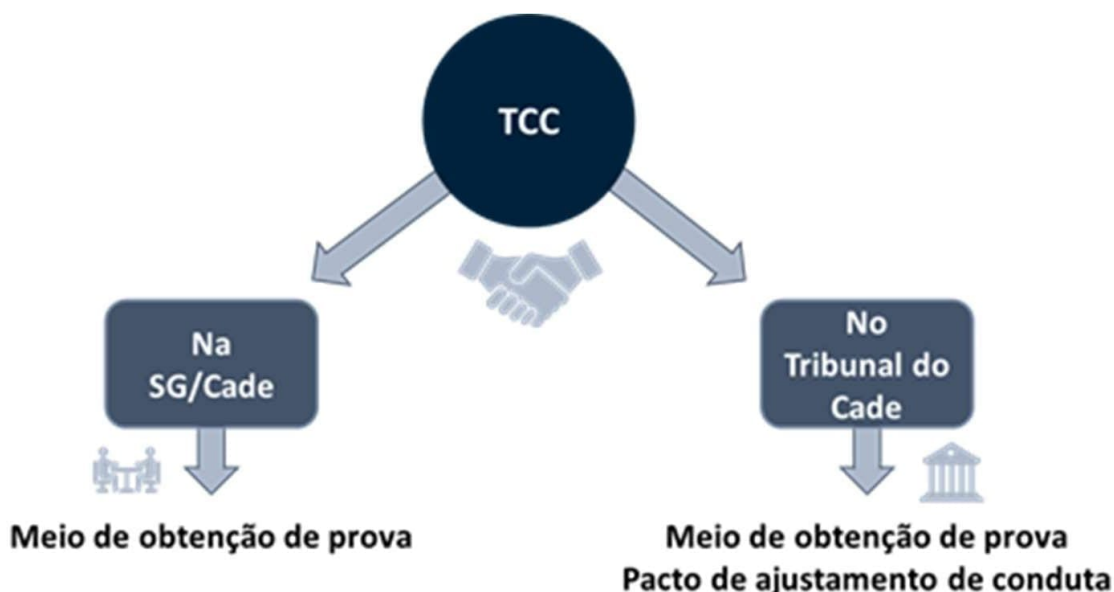
Nesse aspecto específico, nos Estados Unidos a questão da redução de custos quanto às disputas judiciais é, de fato, perceptível, posto que a autoridade encarregada da persecução antitruste é a mesma a cargo da análise criminal. Portanto, um acordo com a autoridade encerra a investigação sob diversas ópticas.

Na Europa, igualmente, os acordos são vistos como instrumentos de eficiência processual, e não como meios de obtenção de provas. A Comissão Europeia enxerga tais pactos como ferramentas aptas a simplificar e acelerar a resolução dos casos, poupando recursos da autoridade. Lembre-se¹⁰ se que a Comissão Europeia usualmente aplica o “*everyone or no one approach*” quando avalia a conveniência de se

investigação. Na visão europeia, caso a autoridade tenha que prosseguir a investigação em relação a parte dos investigados, não há que se falar em eficiência, haja vista a continuidade do processo.

Nesse sentido, bem explicou Ann O'Brien que, uma vez que o sistema de acordos da Comissão Europeia tem o objetivo de obter eficiência processual, mas não induzir cooperação ou impulsionar suas investigações, o *"everyone or no one approach"* faz sentido, pois uma solução híbrida, levando-se em conta a efetiva colaboração, não alcançaria os resultados processuais e ganhos de eficiência esperados.¹¹

Diante do apresentado, parece ser possível constatar que os TCCs em casos de cartel do Cade possuem finalidade híbrida, dado que podem possuir tanto finalidade de meio de obtenção provas ou pacto de ajustamento de conduta, i.e., meros instrumentos para a abreviação de investigações de natureza antitruste, a depender do momento da instrução processual e da autoridade com a qual é firmado o TCC. A fim de melhor apresentar o argumento, apresenta-se a imagem abaixo:



Ou seja, quando firmado com a SG/Cade, o TCC parece ter finalidade de meio de obtenção de prova, nos termos do RICade, diante da exigência de colaboração com a autoridade antitruste. Por sua vez, quando firmado com o Tribunal do Cade, a finalidade pode ser híbrida: de um lado, se houver colaboração (recorde-se que não há tal exigência no RICade, mas tampouco há vedação), será meio de obtenção de prova; de outro lado, se não houver colaboração, será pacto de ajustamento de conduta, alinhando-se à prescrição mais ampla da Lei nº 12.529/2011.

O episódio 48 do podcast Sem Precedentes faz uma análise sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) em 2020 e mostra o que esperar em 2021. Ouça:

Sem Precedentes, ep. 48: o STF em 2020 e o que e...



³ ATHAYDE, Amanda. **Manual dos Acordos de Leniência no Brasil – teoria e prática**. São Paulo: Ed. Fórum, 2018. Nota-se, quanto à terminologia, que quem celebra o Acordo de Leniência é denominado signatário, ao passo que quem celebra o TCC é denominado compromissário.

⁴ Aprovado pela Resolução nº 22 de 19 de junho de 2019 e atualizado pela Emenda Regimental nº 01/2020 de 02 de abril de 2020.

⁵ Importante, ainda, fazer alguns destaques em termos de terminologia. Este dispositivo determina que o Cade poderá “tomar” compromisso de cessação do representado. Note-se que a lei não fala em “celebrar” acordo, como o faz quando trata dos Acordos de Leniência⁵ ou como fazia, sob a égide da Lei 8.884/1994⁵, quando falava-se em *celebração* de TCCs. Ademais, o §1º do art. 85, ao tratar dos requisitos dos TCCs, fixa quais são os seus “elementos” obrigatórios, mas não *cláusulas* mandatórias, como estabelecia o art. 53 da Lei 8.884/1994.

⁶ Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes->

⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região TRF-1). Apelação Cível nº 2002.34.00.001802-8. Relator: Osmane Antonio Dos Santos. Julgado em: 16 jul. 2013. e-DJF1: 19 ago. 2013. JusBrasil, 2013. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24028084/apelacao-civel-ac-200234000027983-df-20023400002798-3-trf1>>. Acesso em: 24 out. 2018; BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região TRF- 1). Agravo de Instrumento nº 2007.01.00.059730-8. Relator: Luciano Tolentino Amaral. Julgado em: 28 abr. 2008. e-DJF1: 19 maio 2008. JusBrasil, 2008. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9841114/agravo-de-instrumento-ag-59730-df-20070100059730-8?ref=serp>>. Acesso em: 24 out. 2018.

⁸ *"In the U.S., from the Division's perspective, the goals of cartel settlements are to: 1) receive cooperation; 2) [...] create and sustain momentum in its investigations; and 3) resolve cartel cases quickly without the need for litigation. [...] The specific types of cooperation a pleading corporation is required to provide to the Division are specified in the plea agreement and usually include providing documents and witnesses (including those located abroad) to assist the Division in its investigation."* (O'BRIEN, Ann. Cartel Settlements In The U.S. And EU: Similarities, Differences & Remaining Questions. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/speech/cartel-settlements-us-and-eu-similarities-differences-remaining-questions>)

⁹ Vide, por exemplo, STF, HC 127.483 e Inq. 3.994.

¹⁰ *"[...] settlement is a tool that aims to simplify, speed up and shorten the procedure leading to the adoption of a formal decision, thus saving human resources in the cartel department. The "Settlement Notice" rewards concrete contributions to procedural efficiency. All parties settling in the same case will receive the same reduction of the fine (10%), because their contribution to procedural savings will be the same."* Disponível em:

<https://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels_settlements/settlements_en.html>

¹¹ *"Since the Commission's settlement procedure is set up with the goal of obtaining procedural efficiencies, rather than inducing cooperation or creating momentum in its investigations, an "everyone or no one" approach is appealing from the Commission's viewpoint because a hybrid settlement will not achieve the procedural efficiencies the Commission hopes to gain through settlement."* (O'BRIEN, Ann. Cartel Settlements In The U.S. And EU: Similarities, Differences & Remaining Questions

Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/speech/cartel-settlements-us-and-eu-similarities-differences-remaining-questions>)

AMANDA ATHAYDE – Professora Doutora Adjunta de Direito Empresarial na Universidade de Brasília (UnB) e de Direito Econômico e da Concorrência no Instituto de Direito Público Brasiliense (IDP). É Doutora em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP), Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e em Administração de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pelo Centro Universitário UNA. Foi aluna da Université Paris I – Panthéon Sorbonne, e é autora de dois livros, de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Empresarial, da Concorrência, Econômico e Comércio Internacional. É co-fundadora da rede Women in Antitrust (WIA) e subsecretária de Defesa Comercial e Interesse Público do Ministério da Economia.

MARCO ANTONIO FONSECA JÚNIOR – Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília, Pós-graduado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV e Mestrando pela Universidade de Brasília – UnB, Marco Fonseca se especializou na área de Direito Concorrencial e Relações Governamentais. Assessora regularmente as principais empresas do mercado brasileiro em questões perante as autoridades de defesa da concorrência. Membro da Comissão de Defesa da Concorrência da OAB/DF e integrante do Comitê de Brasília do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional.

Os artigos publicados pelo JOTA não refletem necessariamente a opinião do site. Os textos buscam estimular o debate sobre temas importantes para o País, sempre prestigiando a pluralidade de ideias.