

- ENTERRÍA, Eduardo García de. Hacia una nueva justicia administrativa. 2. ed. Madrid: Civitas, 1992.
- FERES JÚNIOR, João; EISENBERG, José. Dormindo com o inimigo: uma crítica ao conceito de confiança. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>.
- FREGADOLLI, Luciana. O direito à intimidade e a prova ilícita. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei 9.296/96, de 24 de julho de 1996. São Paulo: Saraiva, 1996.
- HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução de Luíz Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 5. ed. São Paulo: RT, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira et al. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV.
- NERY JUNIOR, Nelson. Proibição da prova ilícita. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.
- NORONHA, Edgard M. Direito penal. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4.
- PALMEIRA, Marcos Rogério. Direitos fundamentais: regime jurídico das restrições. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/direitos%20fundamentais.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2008.
- PROSECUTING Cartels without Direct Evidence of Agreement. Policy Brief. Document DAF/COMP/GF(2006)7. Organization for Economic Co-operation and Development – OECD. June 2007. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/19/49/37391162.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2009.
- ROCHA, Andréa Presas. A admissão da prova ilícita como único meio de garantia de direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.amatra5.org.br/amatra5/noticia_sem_imagem.jsp?id=>>. Acesso em: 29 jun. 2008.
- ROCHA, Zélio Maia da. Das provas ilícitas e o Supremo Tribunal Federal. Voz do Advogado, ano 3, n. 5, jun. 2008.
- SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Tradução espanhola de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996.
- SILVA, César Dario Mariano. Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão. Comissão Parlamentar de Inquérito e sigilo. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. São Paulo: RT, 1993.

A EVOLUÇÃO DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA E DOS TCCs NOS CINCO ANOS DE VIGÊNCIA DA LEI 12.529/2011

Eduardo Frade

Diogo Thomson de Andrade

Amanda Athayde

Sumário: 1. Introdução; 2. Dos acordos de leniência; 3. Dos Termos de Compromisso de Cessação; 4. Conclusão; Referências.

1. Introdução

A ideia de que os cartéis constituem as mais gravosas condutas anticompetitivas tem se expandido internacionalmente *pari passu* à expansão da própria cultura da livre concorrência no mundo, com a respectiva adoção de legislações e mecanismos estatais voltados à promoção dessa cultura. Cresce também a consciência de que essa persecução deve merecer das autoridades responsáveis pela detecção e punição desse tipo de ilícito uma ação prioritária e rigorosa. Nessa linha, na esteira da experiência americana da promoção da livre concorrência e do combate a cartéis, viu-se desenvolver, nas últimas três décadas, uma centena de autoridades antitruste nos mais diversos países, as quais, para serem efetivas, necessitam de um cabedal de instrumentos e mecanismos de atuação.

É fato que, diretamente proporcional à gravidade dos cartéis, está a dificuldade de sua detecção e punição. Normalmente trata-se de acordos clandestinos e sofisticados, enredados por meio de mecanismos de organização, monitoramento e retaliação, bem como por uma consciência da ilicitude e a respectiva cautela na execução do ajuste. Ao mesmo tempo, como o “fim” de um cartel é proporcionar aos seus membros o maior ganho possível por meio da eliminação da competição entre estes, é natural que, ao longo do tempo, as desconfianças e as instabilidades desenvolvam-se naturalmente entre seus membros. E é exatamente sobre esse aspecto da existência dos cartéis, ou seja, sua inerente instabilidade, que nasce, para as autoridades antitruste, a oportunidade de se valer de mecanismos de incentivos que permitam, ao mesmo tempo, que se descubra o cartel e que se encontre evidências suficientes para punir seus membros.

O principal mecanismo desse tipo é o acordo de leniência, hoje bastante difundido entre as autoridades de defesa da concorrência no mundo, e previsto expressamente pela legislação de diversos países. A lógica subjacente desse acordo é incentivar, por meio de imunidade na punição ou descontos nas multas e outros benefícios, que algum dos membros do cartel colabore com a autoridade, identificando os demais participantes e trazendo elementos da constituição da conduta, permitindo assim tanto o desbaratamento dele como a sua efetiva punição.

Para além, porém, de mecanismos de leniência, que dão imunidade ou outros benefícios diferenciados ao primeiro agente que traga à autoridade a notícia da existência de um cartel e evidências que o comprovem, as principais autoridades antitruste do mundo também se valem de outras espécies de acordos. Esses outros acordos são oferecidos a outros participantes da conduta anticompetitiva que também queiram colaborar com as investigações, em troca de algum benefício, conquanto inferior às benesses de um de acordo de leniência. Na prática da autoridade de concorrência brasileira, essa espécie de acordo é conhecida como Termo de Compromisso de Cessação (TCC).

A evolução desses dois mecanismos – acordos de leniência e TCCs – no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), nos últimos cinco anos, foi vertiginosa. Viram-se a consolidação e um crescimento significativo da utilização do programa de leniência da autoridade antitruste, bem como, em especial a partir de 2013, o início de um uso intenso do programa de TCCs pelas pessoas físicas e jurídicas investigadas pela autarquia. Essa evolução verdadeiramente alterou, de forma substancial, as feições da autoridade concorrencial no âmbito da nova Lei de Defesa da Concorrência, no que diz respeito ao uso de acordos na política de combate a cartéis, conforme se passa a expor.

2. Dos acordos de leniência

Hoje é cediço que o Programa de Leniência Antitruste é reconhecido nacional¹ e

¹ Cade. Requerimento n.º 08700.004992/2007-43, Relator Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo, j. 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.”

internacionalmente²⁻³ 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 cartéis⁴. O Programa de Leniência foi introduzido, no Brasil, pela Lei 10.149/2000, que alterou a Lei 8.884/94 (arts. 35-B e 35-C)⁵, 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 Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011)⁶⁻⁷, além de ser objeto de um Guia do Cade para detalhar cada uma das fases de sua negociação⁸.

² 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.”

³ 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 usado para aqueles acordos em que há apenas redução da penalidade aplicável.

⁴ 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.

⁵ Na vigência da Lei 8.884/94, 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).

⁶ Nos termos dos arts. 86 e 87 da Lei 12.529/2011 e nos arts. 197 a 210 do Regimento Interno do Cade (Ridade), o Programa de Leniência Antitruste é um conjunto de iniciativas com intuito de 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 na celebração de Acordo de Leniência.

⁷ 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).

⁸ Cade. Guia do Programa de Leniência Antitruste do Cade. Disponível em: <http://www.Cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-Cade-final.pdf>.

A exigência básica no Programa de Leniência Antitruste é que o proponente – empresa e/ou indivíduo⁹ – do Acordo de Leniência seja 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.

Do Programa de Leniência Antitruste brasileiro decorrem então benefícios significativos para as investigações, na medida em que o Cade passa a ter conhecimento sobre um cartel antes desconhecido, além de ter 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 dos 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 12.529/2011¹⁰), são alvo de perseguições no âmbito penal (art. 4.º da Lei 8.137/90¹¹).

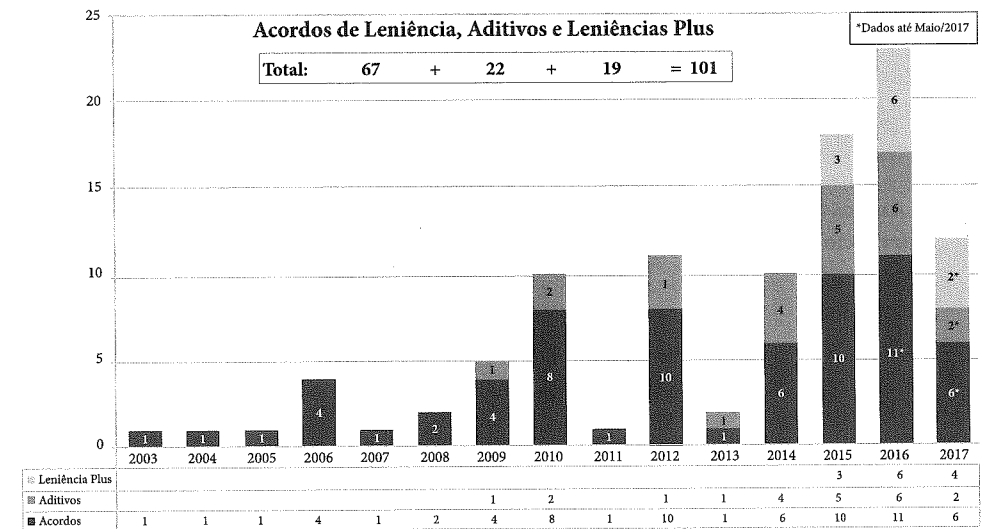
⁹ Cumpre ressaltar que, nos termos do art. 86, § 1.º, I, da Lei 12.529/2011 c/c o art. 198 do Rídicade, a proposta de acordo de leniência realizada pela empresa será estendida às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração, desde que o firmem em conjunto. Terá o mesmo efeito da assinatura com 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.

¹⁰ 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. [...] § 3.º 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.”

¹¹ Lei 8.137/90, art. 4.º “Constitui crime contra a ordem econômica: I – abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência

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 2003¹² –, até maio de 2017, foram assinados 67 novos Acordos de Leniência (vide Figura 1 a seguir).

Figura 1



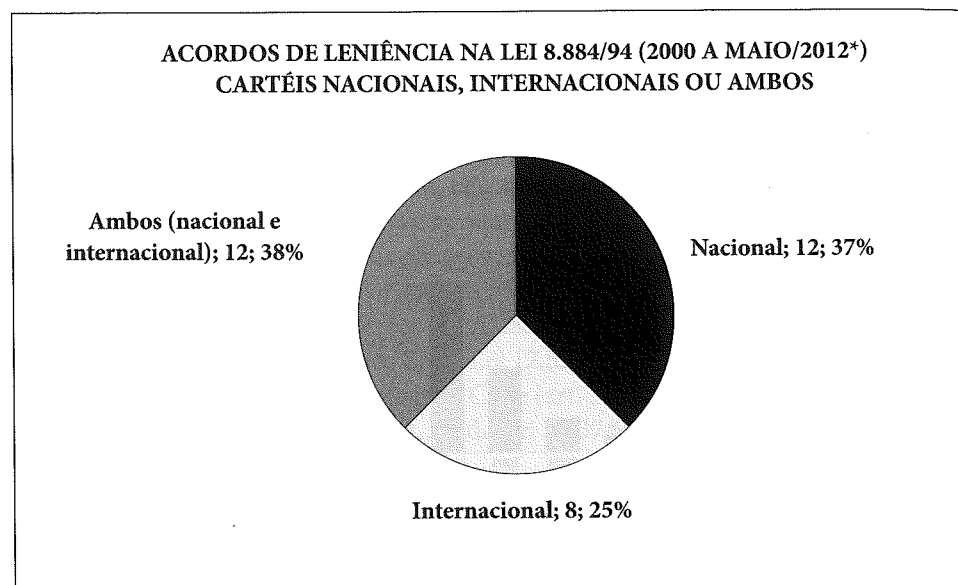
Cabe então questionar: há um novo legado do Programa de Leniência nesses cinco anos da Lei 12.529/2011? Seria possível observar alguma mudança de padrão desses acordos comparativamente com aqueles assinados durante a vigência da Lei 8.884/94? Para responder essa pergunta, são adotadas duas variáveis como metodologia de análise para fins do presente artigo: (i) a nacionalidade dos cartéis denunciados no Acordo de Leniência e (ii) o tipo de cliente afetado pelo cartel, seja público ou privado.

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 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.

¹² 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.

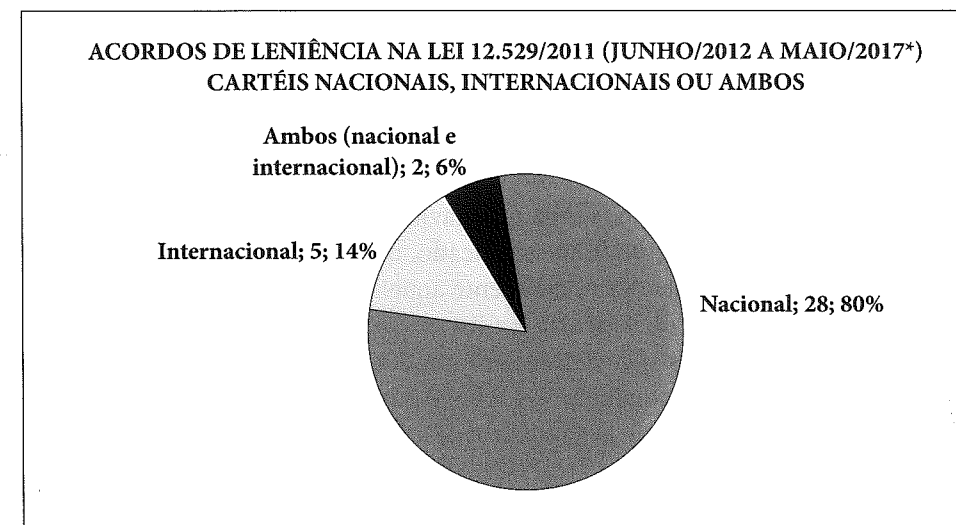
Quando se analisa a nacionalidade dos cartéis em nacionais, internacionais ou mistos¹³, é possível verificar que, durante a vigência da Lei 8.884/94, mais de 60% dos Acordos de Leniência diziam respeito a cartéis internacionais (25% no todo internacional e 38% pelo menos em parte internacional).

Figura 2



Por sua vez, nesses cinco anos da Lei 12.529/2011 é possível notar uma mudança substancial quanto à nacionalidade dos cartéis investigados, conquanto mais de 80% dos Acordos de Leniência passam a tratar de cartéis nacionais (80% no todo nacional e 6% em parte nacional).

Figura 3



Diversas são as possíveis razões para essa mudança de padrão quanto à nacionalidade dos Acordos de Leniência, mas, a nosso ver, trata-se de um reflexo do amadurecimento do Programa de Leniência brasileiro. Se no início da sua trajetória histórica o Brasil “bebia em águas estrangeiras” para iniciar suas principais investigações de cartéis, atualmente o Cade é capaz de perseguir cartéis nacionais. Esse também é um reflexo, na nossa opinião, do aumento da percepção de risco de detecção pelas empresas no Brasil, que puderam observar, ao longo dos anos, um aumento nas taxas de condenação de condutas anticompetitivas e também um crescimento significativo dos valores das multas¹⁴.

O advento da nova Lei trouxe consigo duas mudanças fundamentais: a notificação prévia dos atos de concentração econômica e uma nova estrutura institucional,

¹³ A respeito dessa classificação, sugere-se também a leitura: ATHAYDE, Amanda; FERNANDES, Marcela. A glimpse into Brazil's experience in International cartel investigations. *Revue des Droits de la Concurrence*, n. 3, 2016.

¹⁴ A partir de 2007, ainda sob a vigência da Lei 8.884/94 começou a se consolidar na jurisprudência do Cade um maior rigor nas multas aplicadas a cartel. Em um espectro previsto de 1% a 30% do faturamento bruto, previsto na legislação vigente, verifica-se, sobretudo a partir do julgamento do cartel dos vigilantes (PA 08012.001826/2003-10), um mínimo de 15% para cartéis, alíquota esta que deveria ser agravada para os líderes do cartel e que foi gradativamente aumentada até atingir o patamar mais alto no caso do cartel dos Peróxidos (PA 08012.007818/2004-68). A mesma gradação ocorreu nas multas para os administradores (baseadas na multa da pessoa jurídica), assim como se passaram a aplicar outras penas, por exemplo, a de proibição de licitar. Após o advento da Lei 12.529/2011, mesmo com a alteração da base de cálculo para 0,1% a 20% do faturamento bruto no ramo de atividade, o que poderia parecer uma redução *in abstracto* das multas, a jurisprudência manteve o patamar alto das condenações por cartel, considerando hoje como patamar base 15% para cartéis clássicos (vide, por exemplo, o disposto no Guia de TCC do Cade).

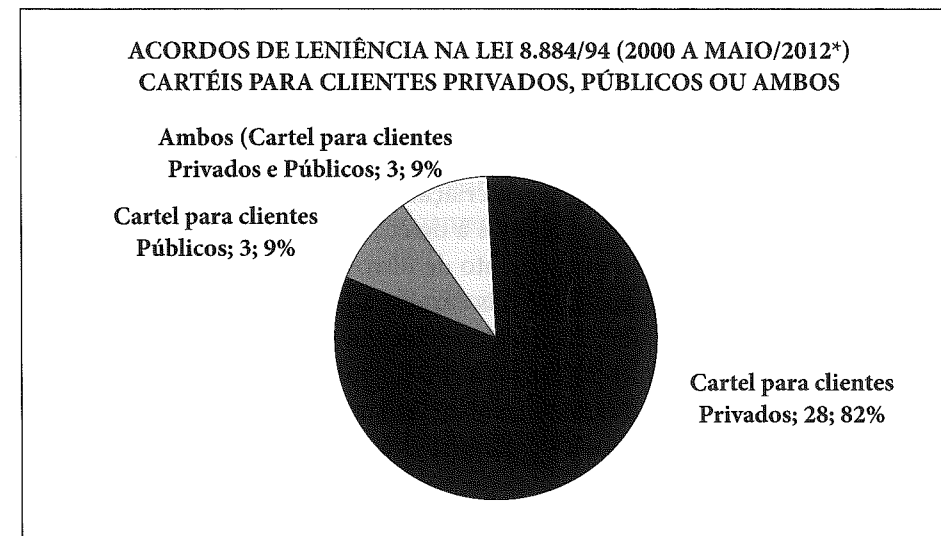
inclusive no que diz respeito a cargos e unidades. A notificação prévia dos atos de concentração, embora não diretamente relacionada ao combate aos cartéis, acabou por permitir, como consequência, uma maior efetividade na análise desses casos, sendo que a grande maioria não tem sequer a necessidade de ser julgada pelo Tribunal do Cade, encerrando-se na Superintendência-Geral. Nesse sentido, o Tribunal passou a ter um menor estoque de atos de concentração e uma maior disponibilidade para priorizar o julgamento de casos de conduta anticompetitiva. Com isso, uma parte importante do *enforcement*, que ainda não havia atingido um grau satisfatório de desenvolvimento no Brasil, pode ser alcançado, qual seja o julgamento e condenação dos cartéis, inclusive e principalmente aqueles detectados por leniência. Se a existência do programa de leniência e a investigação proativa da autoridade são elementos que elevam o risco de detecção de condutas, ampliando os incentivos ao Programa de Leniência, a condenação e a efetiva punição dessas condutas, com a definição de critérios claros de ilegalidade e de *standard* probatório pelo Tribunal, tornam a ameaça de ser detectado real e imediata. Por conseguinte, o impacto nos programas de leniência justifica em grande parte o aumento da procura por esses acordos nos últimos cinco anos.

Em contrapartida, a existência de uma melhor estrutura para investigação, incluindo uma unidade fortalecida responsável pelo Programa de Leniência, permitiu ao “novo” Cade uma reformulação da prática e até normativa, no âmbito regimental, do próprio programa. Isso aumentou a segurança aos proponentes e signatários desse tipo de acordo e também a transparência do processo em si, expandindo consequentemente os incentivos de se colaborar com o Cade. Sem dúvida, estendendo-se a previsibilidade e a transparência dos critérios, amplia-se a capacidade de uma empresa decidir que o custo-benefício de um acordo de leniência é melhor do que o do risco de continuar engajando-se em uma conduta anticompetitiva, promovendo, assim, um incremento geral no *compliance*. A consolidação desses critérios resultou tanto em alterações regimentais (como as promovidas pela Resolução 15, de 2016) como, principalmente, na edição de um Guia do Programa de Leniência¹⁵, em português e inglês, disponível no sítio eletrônico do Cade. Esse Guia permite que qualquer interessado em negociar um acordo de leniência com o Cade possa avaliar de antemão o custo-benefício de fazê-lo, seus requisitos, direitos e deveres, bem como possibilita que a sociedade saiba como funciona esse programa.

Quando se analisa o tipo de cliente afetado pelo cartel, seja público ou privado, é possível verificar que, durante a vigência da Lei 8.884/94, mais de 90% dos Acordos de Leniência diziam respeito a cartéis para clientes privados (82% no todo voltado a clientes privados e 9% em parte para clientes privados).

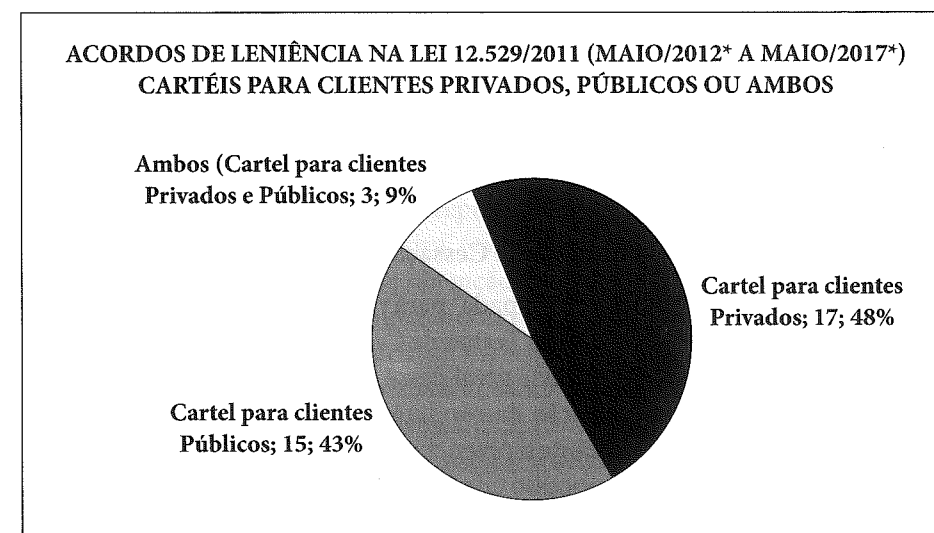
¹⁵ Disponível em: <http://www.Cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-Cade-final.pdf>.

Figura 4



Por sua vez, nesses cinco anos da Lei 12.529/2011 é possível notar uma mudança substancial dos clientes dos cartéis investigados, uma vez que aproximadamente 50% dos Acordos de Leniência passam a tratar de cartéis públicos (43% no todo para clientes públicos e 9% em parte para clientes públicos). Em outras palavras, cresceu o número de acordos de leniência reportando cartéis dirigidos a licitações públicas.

Figura 5



Diversas também são as possíveis razões para essa mudança de padrão do tipo de cliente objeto da conduta delatada no Acordo de Leniência, mas, a nosso ver, trata-se de uma comprovação do incremento das políticas de combate a cartéis e fraudes a licitação.

No âmbito do Cade, essa política se traduz em diversos esforços focados na detecção e punição desse tipo de ilícito: a fixação de uma unidade de análise antitruste focada em cartéis em licitações; a criação de uma unidade de investigação com treinamento e instrumentos voltados à detecção proativa de cartéis e análise aprofundada de provas; o desenvolvimento de filtros para análise de dados de licitações com intuito de detectar possíveis cartéis; o estreitamento dos contatos e colaboração com diferentes autoridades de controle e de investigação, como CGU, tribunais de contas e membros do Ministério Público espalhados pelo Brasil. Sem dúvida, os esforços de autoridades de combate a fraudes e corrupção relacionadas a licitações, comumente vinculadas a conluios, também têm contribuído para o acirramento dessas políticas.

Ademais, nos últimos anos, a experiência e o sucesso do Programa de Leniência do Cade têm inspirado outras autoridades administrativas e criminais, que também analisam ilícitos relacionados a licitações, a adotar mecanismos similares de colaboração premiada ou leniência. Ainda que seja necessária uma coordenação maior entre esses diferentes mecanismos, respeitando as competências e as *expertises* de cada órgão – o que, certamente, é um dos principais desafios do Cade no futuro próximo –, a mera existência dessas novas possibilidades também, por certo, contribuiu para o aumento de acordos de leniência em casos de cartéis de licitações públicas no âmbito do Cade.

Concluindo, essa mudança de padrão dos acordos de leniência do Cade nos últimos cinco anos tanto quanto sua nacionalidade, como pela sua maior capacidade de abranger também cartéis voltados a clientes públicos, parecem-nos um resultado quase que inexorável da maturidade do Programa de Leniência do Cade, para a qual o advento da Lei 12.529/2011 contribuiu de maneira fundamental, permitindo uma maior capacidade e estrutura para, aproveitando-se da experiência acumulada nos anos anteriores, direcionar os esforços da autoridade a fim de tornar o Programa de Leniência Antitruste brasileiro mais efetivo, mais abrangente e mais transparente.

3. Dos Termos de Compromisso de Cessação

A outra forma de “solução antecipada” para resolução dos casos do Cade prevista na legislação é a celebração de um Termo de Compromisso de Cessação (TCC), desde a edição da Lei 8.884/94. A ideia geral desse tipo de acordo consiste, como o nome já diz, na obtenção da cessação da conduta por parte dos agentes que, ao se comprometerem a fazê-lo e mediante o preenchimento de outros requisitos, podem com isso obter a suspensão do processo administrativo e o posterior arquivamento dele, cumpridas as obrigações previstas no acordo.

Não obstante sua previsão legal inicial para todos os tipos de conduta anti-competitiva, com a adoção, em 2000 (Lei 10.149/2000), do Programa de Leniência, entendeu-se que, da forma como dispostas as obrigações do TCC na redação original, a permissão deste para cartel acabaria com qualquer incentivo à leniência. Isso porque no TCC a parte poderia, sem reconhecer a conduta e apenas se comprometendo a cessar a conduta, ter o processo suspenso e arquivado, enquanto o signatário da leniência, além de confessar e colaborar desde o início do processo, teria de ficar no polo passivo deste até o seu julgamento final pelo Cade, quando confirmado o cumprimento do acordo.

Com o passar dos anos, a experiência demonstrou que, para além daquele que fora o primeiro a se apresentar ao Cade e obter a leniência, outros representados e investigados teriam condições e vontade de colaborar com as investigações ou, ao menos, encerrar o caso antecipadamente, ainda na via administrativa. Nesse sentido, em 2007, uma nova alteração legislativa incluiu novamente a possibilidade de celebração de TCCs em cartéis, impondo-se, para esses casos, o recolhimento de uma contribuição pecuniária baseada na multa. Além disso, por meio de regulamento, buscou-se alinhar os incentivos da leniência com os do TCC em cartéis, determinando que, quando houvesse leniência anterior, o TCC também deveria exigir o reconhecimento de participação na conduta investigada de seu compromissário.

Essa alteração representou uma mudança significativa à época e permitiu que o Cade (então responsável pela negociação dos TCCs, em detrimento da então Secretaria de Direito Econômico – SDE) consolidasse um conhecimento técnico aprofundado sobre negociações e soluções antecipadas, de modo que o TCC passou a ser parte importante do *enforcement*. O desenho legislativo na época ainda continha imperfeições, sobretudo porque não incentivava o TCC como complemento à leniência (pela exigência de confissão sem uma contrapartida proporcional como ocorria com a imunidade da leniência), tampouco como forma de obtenção de evidências e colaboração com as investigações (tanto em razão de ser negociado pela autoridade julgadora – Cade –, e não pela investigadora – SDE, como em virtude de a colaboração não ter sido um requisito de celebração, não havendo contrapartida proporcional prevista caso realizada).

O modelo de TCC em cartel então vigente se constituiu em um tipo de acordo denominado *pay-to-go*, que, embora representasse um avanço em termos de solução antecipada e “economia administrativa” (evitando discussões judiciais alongadas), não se constituía em um elemento de obtenção de provas tampouco um complemento à leniência. Ao contrário, chegou-se a observar que, nas vezes em que houve TCCs após a leniência durante a vigência da Lei 8.884/94, o arquivamento prematuro do processo em relação ao compromissário, ainda que pagando multa e confessando, trazia questionamentos sobre a desigualdade de tratamento dado ao beneficiário da leniência, que permaneceria no processo até o final.

Essa experiência, no entanto, foi fundamental para que se pudesse, com o marco legal trazido na Lei 12.529/2011, promover os avanços necessários e aperfeiçoar os

TCCs em casos de cartel. A primeira grande mudança da Lei 12.529/2011 foi expressar, de forma bastante objetiva, que o TCC é celebrado conforme a *conveniência e oportunidade* do Cade¹⁶. Retirando-se, assim, qualquer discussão sobre ser o acordo direito subjetivo do investigado, deixou-se claro que o Cade poderia, para cada tipo de conduta e em cada caso, estabelecer seus próprios requisitos de conveniência e oportunidade, incluindo aí não somente os benefícios da solução antecipada no caso concreto, mas também em termos de incentivos futuros, dissuasão, preservação do *enforcement* e alinhamento com o Acordo de Leniência. Some-se a essa alteração, em reforço, outra inovação da Lei 12.529/2011, que foi alçar ao patamar legislativo o dispositivo normativo que permite ao Cade propor, via regimento, normas complementares para a negociação e celebração dos TCCs, abrindo-se, portanto, espaço para que o próprio Cade decida seus requisitos de conveniência e oportunidade.¹⁷ Por fim, a nova estrutura, que uniu Cade e SDE em um único órgão, o “Supercade”, também foi fundamental para o aperfeiçoamento do modelo, pois, na Lei 12.529/2011, fica claro que os TCCs podem ser firmados pelo Cade como um todo, o que, naturalmente, inclui tanto SG como o Tribunal¹⁸.

Todas essas mudanças trazidas pela Lei 12.529/2011, aliadas à experiência anterior do Cade com TCCs em casos de cartéis, permitiram que, em março de 2013, um ano após a entrada em vigência da Lei, o Cade editasse a Resolução 5, alterando o seu Regimento Interno, trazendo normas complementares sobre o TCC, sobretudo em relação aos TCCs em cartéis. O que norteou a Resolução foi justamente a necessidade de incentivar um novo modelo de acordo em cartéis, voltado à colaboração com a instrução (e não somente *pay-to-go*) e que pudesse ser negociado pelo órgão instrutor (Superintendência-Geral), tendo como incentivo, em contrapartida, a previsão expressa de descontos na contribuição pecuniária (que na Lei 12.529/2011 continuou sendo exigência obrigatória nos casos de cartel) por colaboração e pelo momento processual.

Além disso, de maneira geral, a exigência de reconhecimento de participação na conduta investigada para todos os TCCs em casos de cartel, sejam negociados na Superintendência-Geral com colaboração, ou no Tribunal do Cade, bem como o arquivamento do processo quanto ao compromissário, também apenas quando do julgamento final do processo administrativo, delimitou de maneira definitiva o TCC em cartel como efetivo mecanismo de *enforcement*, complementar ao Acordo de Leniência.

Conforme mencionado anteriormente, o Acordo de Leniência no Cade está disponível apenas 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 suficiente para assegurar a condenação (leniência parcial), nos termos do art. 86, § 1.º, c/c o § 4.º, I e II, da Lei 12.529/2011. O que acontece, porém, com as empresas e/ou indivíduos que queiram colaborar com as investigações de cartel, mas que não tenham chegado a tempo de obter um *marker*? A opção para tais investigados, então, é propor a negociação de um 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 § 1.º 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; e (iii) a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas. 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 Ricade¹⁹ – exigência esta considerada legítima e confirmada pelos tribunais brasileiros²⁰ –; (v) colaboração do compromissário com a instrução processual, nos termos do art. 186 do Ricade²¹; e (vi) obrigação de recolhimento de contribuição pecuniária, nos termos do art. 85, § 2.º, da Lei 12.529/2011.

Note-se que esses requisitos regimentais de colaboração e reconhecimento de participação na conduta investigada para os casos de cartel foram introduzidos pela Resolução 5 de 2013, com fundamento no art. 85, § 14, da Lei 12.529/2011, e

¹⁹ 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.”

²⁰ Sobre a exigência de reconhecimento da participação na conduta, o Tribunal Regional Federal da 1.ª 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/DF (30.01.2014) e Agravo de Instrumento 0004708-40.2014.4.01.0000 (03.02.2014), Rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian).

²¹ 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, § 4.º, deste Regimento Interno, deverá, necessariamente, contar com previsão de colaboração do compromissário com a instrução.”

¹⁶ Art. 85, *caput*, da Lei 12.529/2011.

¹⁷ Art. 85, § 14, da Lei 12.529/2011.

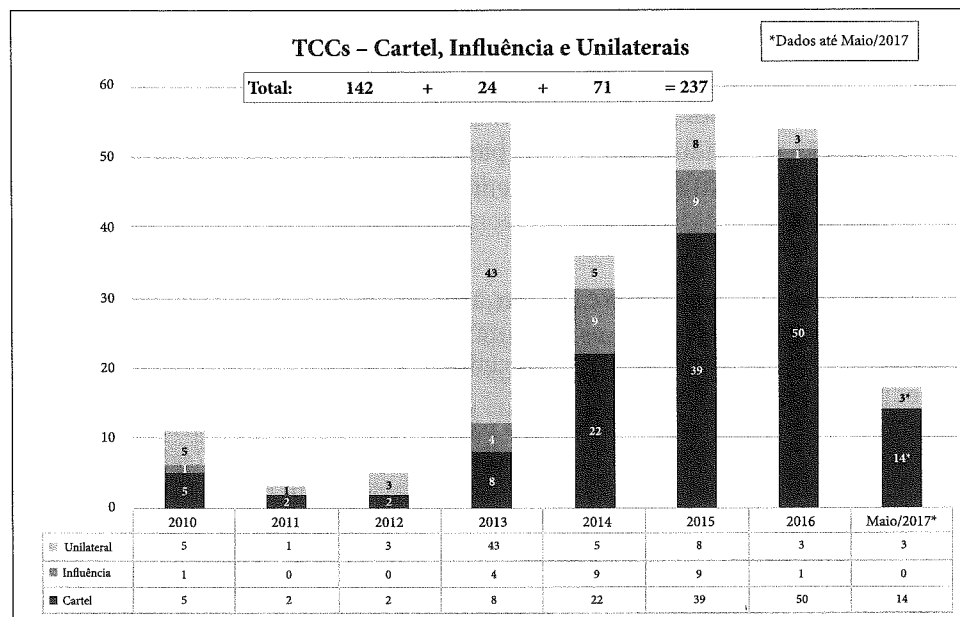
¹⁸ Art. 85, *caput*, da Lei 12.529/2011.

constituem-se elementos de conveniência e oportunidade da autoridade para a aceitação dos acordos em cartel. Essa Resolução, conforme mencionado, buscou trazer aos acordos de cartéis no Cade simetria com as melhores práticas internacionais, além de aumentar os incentivos e possibilidades de acordo a depender da fase processual e do grau de colaboração dos proponentes, constituindo-se assim em verdadeiro marco da política de acordos na vigência da Lei 12.529/2011.

O novo regramento dos TCCs em cartel, trazido pela Resolução, consolida a utilização desse mecanismo não apenas como forma de solução antecipada de conflitos, mas também como efetivo instrumento de investigação, complementar ao acordo de leniência, alinhando os incentivos entre os dois tipos de acordo. Além disso, a prática posterior à Resolução e o sucesso desse mecanismo como elemento de *enforcement* fizeram com que, atualmente, a negociação dos TCCs em casos de cartel seja objeto de um Guia do Cade²², cujo objetivo é dar ainda mais transparência e previsibilidade ao instrumento.

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 figura a seguir).

Figura 6

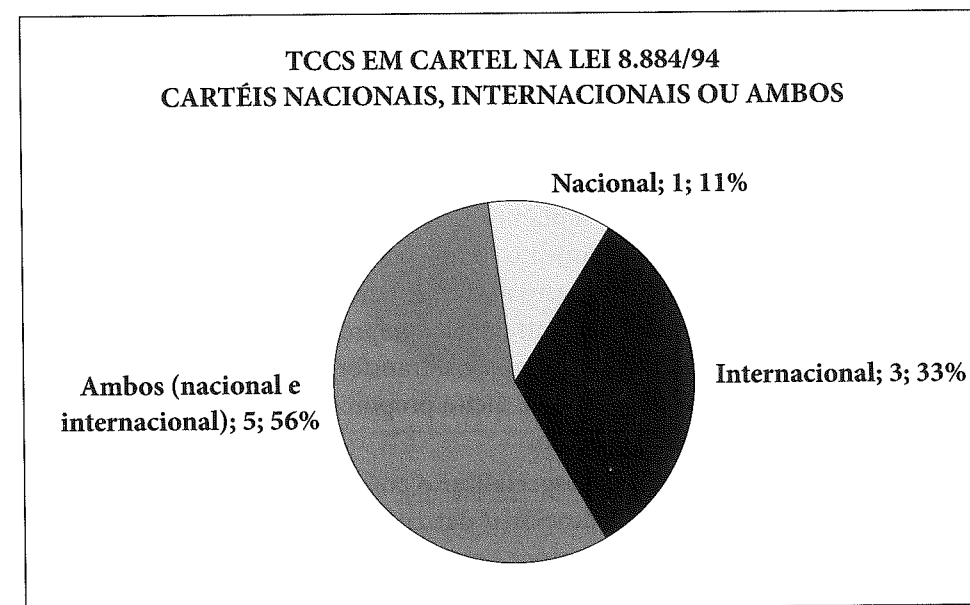


²² Cade. Guia dos Termos de Compromisso de Cessação para os casos de cartel. Disponível em: <http://www.Cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final-1.pdf>.

Novamente, cabe então questionar: há um novo legado do Programa de TCCs nesses cinco anos da Lei 12.529/2011? Seria possível observar alguma mudança de padrão desses acordos comparativamente com aqueles homologados durante a vigência da Lei 8.884/94? Para responder essa pergunta, adotam-se quatro variáveis como metodologia de análise: (i) a nacionalidade dos cartéis denunciados no TCC; (ii) o tipo de cliente afetado pelo cartel, seja público ou privado; (iii) o elevado crescimento do número de TCCs homologados pelo Cade, especialmente a partir de 2013; e (iv) a mudança do conteúdo dos acordos e a maior variedade dos tipos de TCCs homologados pelo Cade a partir de 2013 nos casos de cartel.

Quando se analisa a nacionalidade dos cartéis em nacionais, internacionais ou mistos²³, é possível se verificar que, durante a vigência da Lei 8.884/94, quase 90% dos TCCs diziam respeito a cartéis internacionais (33% no todo internacional e 56% em parte internacional).

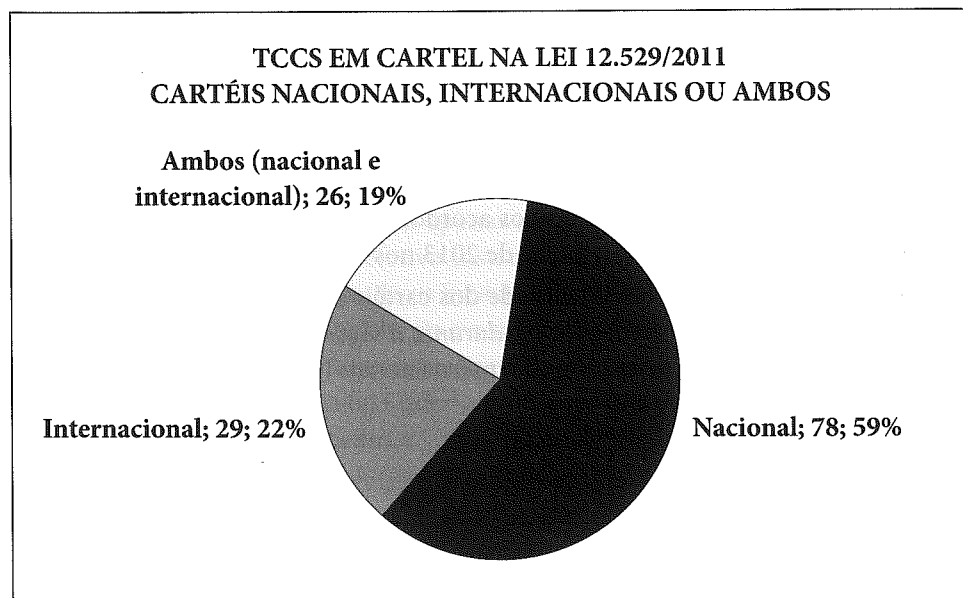
Figura 7



Por sua vez, nesses cinco anos da Lei 12.529/2011 é possível notar uma mudança substancial quanto à nacionalidade dos cartéis investigados, posto que quase 80% dos TCCs passam a tratar de cartéis nacionais (59% no todo nacional e 19% em parte nacional).

²³ A respeito dessa classificação, sugere-se novamente a leitura: ATHAYDE, Amanda; FERNANDES, Marcela. A glimpse into Brazil's experience in International cartel investigations. *Revue des Droits de la Concurrence*, n. 3, 2016.

Figura 8



Diversas são as possíveis razões para essa mudança de padrão quanto à nacionalidade dos TCCs, mas, a nosso ver, trata-se de um reflexo do amadurecimento do Programa de Leniência brasileiro, supramencionado. Conforme manifestado, com a transformação dos TCCs em instrumento complementar à leniência, é natural que o aumento de leniências voltadas aos casos nacionais também gere um crescimento de TCCs em casos de cartéis nacionais. Entretanto, cumpre ressaltar que essa mudança de padrão também se relaciona, diretamente, à transformação da gestão dos casos de cartel e da investigação desse tipo de ilícito proporcionada pela nova estrutura do Cade, após a alteração da legislação.

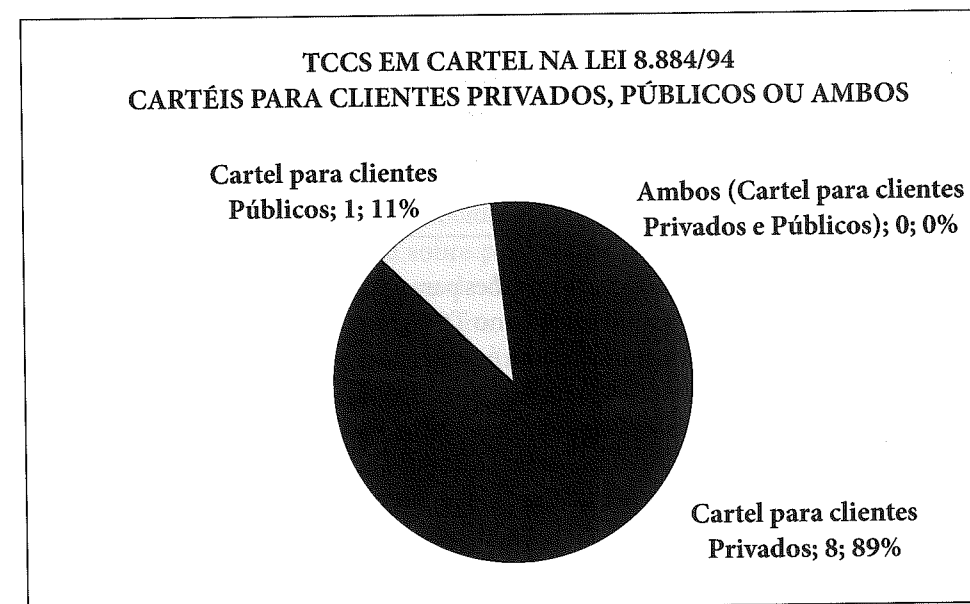
Nesse sentido, procurou-se especializar o combate a cartéis internamente, promovendo-se uma separação funcional das coordenações responsáveis pelos casos de cartel das demais coordenações e outra separação entre as coordenações de cartéis responsáveis pelo processamento dos casos, *i.e.*, após a abertura do processo administrativo, e aquelas responsáveis pela iniciação dos casos. Assim, fortaleceu-se a unidade de leniência, criaram-se mecanismos de triagem e unidades de análise de informações e inteligência. Isso permitiu uma maior eficiência para, ao mesmo tempo, concluir casos importantes e iniciar casos robustos e de setores diversificados.

Basta ver que, nesse período, o número de acordos de leniência firmados é muito superior à quantidade de acordos estabelecidos na vigência da lei anterior (ver Figura 1 *supra*), além do fato de que a metade das medidas de buscas e apreensões realizadas pelo Cade ocorreu nos últimos cinco anos (o instrumento é

previsto na lei desde o ano 2000)²⁴. Ademais, procurou-se diversificar essa atuação proativa entre os mais diversos e importantes setores da economia nacional, o que, certamente, aumentou a consciência do risco nesses setores, levando a mais casos de acordo.

Por sua vez, quando se analisa o tipo de cliente afetado pelo cartel, seja público ou privado, é possível verificar que, *durante a vigência da Lei 8.884/94*, mais de 90% dos TCCs diziam respeito a cartéis para clientes privados (89% no todo voltado a clientes privados).

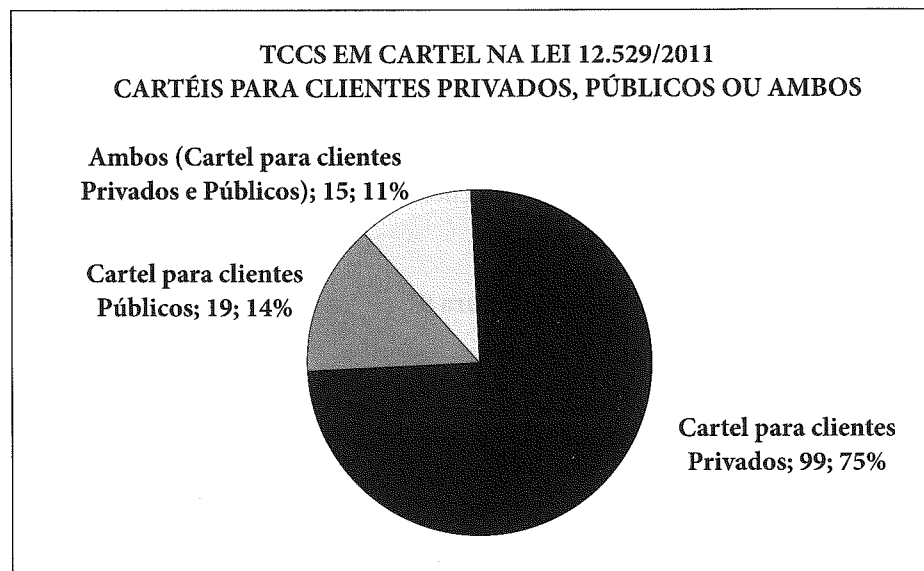
Figura 9



Por sua vez, nesses cinco anos da Lei 12.529/2011 é possível notar uma mudança razoável do tipo de cliente afetado pelo cartel, seja público ou privado, uma vez que aproximadamente 25% dos Acordos de Leniência passam a tratar de cartéis para clientes públicos (14% no todo voltado para clientes públicos e 11% em parte para clientes públicos).

²⁴ Fonte: Balanço do Cade – 2016. Disponível em: <<http://www.Cade.gov.br/servicos/impressao/balancos-e-apresentacoes/apresentacao-balanco-2016.pdf/view>>.

Figura 10



Diversas também são as possíveis razões para essa mudança de padrão quanto ao tipo de cliente objeto da conduta delatada no TCC, mas, a nosso ver, a taxa em TCCs em cartéis voltados a clientes públicos não é tão elevada tendo em vista a inexistência de repercussões criminais imediatas desse tipo de acordo – diferentemente do Acordo de Leniência, que possui imunidade criminal (art. 87 da Lei 12.529/2011) – concomitantemente à maior sensibilidade dos Ministérios Públicos quanto a cartéis em licitação. De fato, cartéis em licitação são, em muitos casos, partes de delitos criminosos muito maiores e que envolvem diversos tipos de ilícitos administrativos e criminais. Nesse sentido, o risco, principalmente para pessoas físicas, de celebrar um TCC com reconhecimento da participação nos fatos pode ser bastante alto a depender da complexidade do ilícito. De maneira geral, porém, o aumento do interesse dos órgãos criminais e de controle no combate aos ilícitos relacionados à licitação, aliado à *expertise* do Cade na detecção desses ilícitos e ao desenvolvimento de espécies de colaboração premiada no âmbito criminal e administrativo por diversas legislações, deve resultar, em breve, no crescimento ainda mais significativo desse tipo de acordo no Cade.

Nessa linha, esforços recentes têm sido implementados pelo Cade, com o Ministério Público, com o intuito de sanar essa potencial lacuna, nos casos em que a autoridade administrativa e a criminal entendam que a assinatura de um TCC seguido de colaboração seja útil para as investigações. A título de exemplo, em 15 de março de 2016 foi firmado entre o Cade e o Ministério Público Federal em São Paulo um Memorando de Entendimentos²⁵, que, basicamente, consigna que uma empresa

²⁵ Disponível 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>.

ou indivíduo que tenha interesse em assinar um TCC com o Cade possa procurar o Ministério Público, ou vice-versa, a fim de verificar a possibilidade de obter, concomitantemente, um acordo com o *Parquet* que lhe garanta algum benefício na esfera penal. É de ressaltar que o *leading case* que levou a esse memorando foi justamente um caso de cartel em licitações, em que o MPF/SP havia assinado a leniência com o Cade e, para preservação da leniência e pela necessidade de se obterem provas complementares, realizou acordos de colaboração premiada e delação premiada concomitantes aos TCCs assinados pelo Cade pelas mesmas pessoas físicas. Note-se, ademais, que, no mais substancial caso de cartel em licitações relacionado a outros ilícitos, a Operação “Lava Jato”, o mesmo sistema vem sendo adotado, qual seja esse “casamento” entre os TCCs firmados com o Cade e acordos de colaboração criminal com o MPF.

Observe-se, finalmente, que, especialmente após a edição da Resolução 5/2013, que regulamentou os TCCs em casos de cartel no Cade, houve um crescimento exponencial das negociações e homologações dessa espécie de acordo no âmbito da autarquia. Isso ocorreu mesmo diante da fixação de exigências relativamente severas, como o reconhecimento de participação da conduta, a necessidade de contribuição pecuniária e a obrigatoriedade de colaboração com as investigações. Ainda assim, aparentemente, a maior clareza sobre parâmetros de negociação e aplicação dos acordos (inclusive prevendo faixas de desconto a depender de o proponente ter sido o primeiro, segundo ou terceiro etc. a requerer um acordo) foi suficiente para atrair as partes para uma solução negociada. O sucesso da nova política de TCCs pós-Resolução de 2013 e a experiência prática colhida nos seus primeiros anos de existência fizeram com que em 2016 fosse editado um Guia para esse tipo de acordo em cartel²⁶, aumentando a transparência e a previsibilidade dos parâmetros dos TCCs nesse tipo de conduta.

Do ponto de vista privado, para além da obtenção de um desconto da multa, o TCC significa uma oportunidade de resolver, de forma mais célere e bilateral, um processo em relação à parte acusada. No âmbito público, tem o sentido de maior celeridade, redução de custos administrativos e menos questionamentos judiciais. Mais do que isso, porém, a exigência de colaboração com as investigações contribuiu significativamente para a obtenção de provas e robustez do processo administrativo.

Ademais, talvez a mudança mais significativa no padrão dos TCCs em cartel na vigência da nova legislação sejam a mudança de conteúdo dos acordos e a variedade de modelos complementares de TCCs hoje disponíveis em casos de cartel. Como antes mencionado, mesmo após a mudança legislativa de 2007, que reincorporou a possibilidade de TCCs em casos de cartéis na Lei 8.884/94, o instituto ainda continha imperfeições, sobretudo por somente se constituir em um modelo *pay-to-go* e por certo desalinhamento com os incentivos à leniência. A maior prova dessas imperfeições

²⁶ Disponível em: <http://www.Cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final.pdf>.

era o fato de que praticamente inexistiam acordos que encerravam obrigações de colaboração com a investigação, mesmo quando firmados com o processo ainda em instrução, e de que em pouquíssimos casos houve TCCs estabelecidos de maneira subsequente à leniência²⁷ até a edição da Resolução 5/2013.

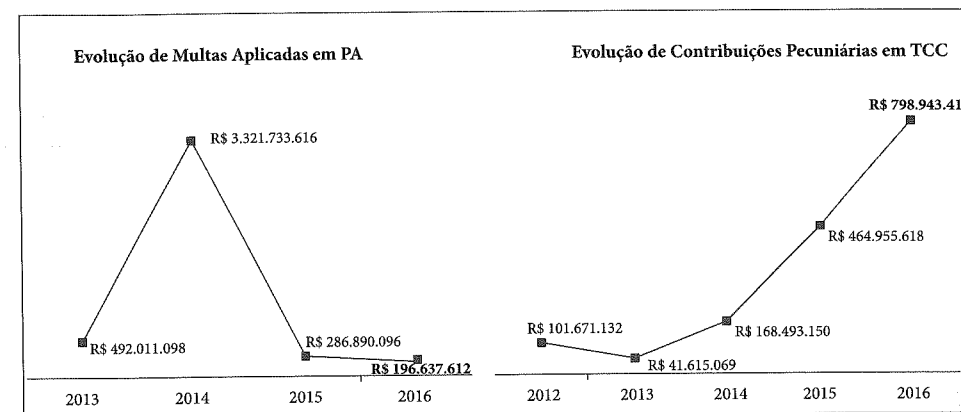
Hoje, no entanto, todos os acordos em cartel firmados na SG (que representam praticamente 90% dos acordos celebrados pelo Cade em casos de cartel) têm como requisito de aceitação a colaboração com as investigações, mediante apresentação de evidências da conduta e da autoria desta, com rigor semelhante ao de uma leniência. Mesmo no Tribunal, embora não seja obrigatório, tem-se exigido (e as partes têm atendido) alguma colaboração pontual ou processual ainda restante e que repercuta em desconto na contribuição pecuniária. O resultado disso são casos mais robustos, céleres e tendentes à condenação severa daqueles implicados que não desejam colaborar. No longo prazo, aumenta-se o *awareness* e gera-se maior incentivo ao *compliance*. Da mesma forma, hoje as estatísticas constatarem que, para cada acordo de leniência assinado, tem-se ao menos um TCC subsequente. Isso resulta tanto do maior rigor na leniência, que gera casos mais robustos, como do fato de que, hoje, o TCC se apresenta como um instrumento complementar bastante eficaz como resposta rápida à sociedade e, ao mesmo tempo, como porta de saída para aqueles que desejam adotar um *compliance*.

Entretanto, continua coexistindo com esse crescente número de acordos a possibilidade de, ao final do processo, se obter um acordo mais próximo do que seria um *pay-to-go*, com a diferença de que se tem que reconhecer a participação no ilícito e de que há um teto máximo de desconto no Tribunal, além, é claro, de uma diminuição da conveniência e oportunidade conforme mais robusto (pela colaboração de outros TCCs) se torne o caso. Essa variedade de tipos de TCCs em cartel, conforme o momento processual e os requisitos e interesses das partes, é, sem dúvida, uma das causas do aumento exponencial no número de acordos, conforme mencionado.

Finalmente, ao contrário do que se poderia pensar, o aumento de soluções via acordos, com descontos na contribuição pecuniária a ser paga pelas empresas e indivíduos, não significou uma redução do *enforcement* antitruste. Pelo contrário, conforme demonstrado na Figura 11 a seguir, a política de TCCs significou um aumento elevado das contribuições pecuniárias pagas ao Cade por empresas e executivos acusados de cartel, em proporção muito maior do que o patamar de multas impostas pelo Cade anteriormente ao acirramento da política de TCCs.

²⁷ Chama a atenção nesse sentido o caso do cartel da carga aérea (PA 08012.011027/2006-02), cartel internacional, em que nas diversas autoridades que o investigaram tiveram em média cinco acordos posteriores à leniência que continham colaboração com as investigações, e no Brasil, cujas empresas envolvidas eram as mesmas que haviam fechado acordos no exterior, nenhuma empresa havia ocorrido ao Cade para celebrar TCC até a edição da Resolução. Apenas após a publicação da Resolução é que foram firmados alguns acordos no caso e já na fase de julgamento final pelo Tribunal do Cade.

Figura 11



Além disso, verifica-se que o aumento dos TCCs em cartel coincide também com a expansão dos números de acordos de leniência e de leniência *plus*²⁸, o que demonstra claramente que a resposta rápida dada à sociedade com a aplicação das contribuições pecuniárias e o aumento da robustez dos casos mediante a colaboração sucessiva de diversos dos investigados ampliam o risco de ser detectado como participante da conduta, demonstrando que tais instrumentos também contribuem para a dissuasão e para incentivar o *compliance*. É claro que essa evolução ainda representa um primeiro, porém importantíssimo, passo. A manutenção dos incentivos e da capacidade dissuasória do instrumento depende de sua constante atualização e revisão, principalmente diante dos desafios que já se apresentam, por exemplo, um maior interesse pelo *enforcement* privado por parte dos agentes econômicos, a necessidade de se coordenar com diversos outros órgãos investigadores que possuem mecanismos semelhantes nos casos em que os cartéis se relacionam com outros ilícitos e o equilíbrio entre os benefícios da solução negociada e a atuação proativa de investigação e punição.

4. Conclusão

Neste artigo foi possível verificar que a nova sistemática introduzida pela Lei 12.529/2011 trouxe alterações significativas aos resultados dos programas de acordos no âmbito do Cade – leniências e TCCs. Aproveitaram-se, evidentemente, as bases e os avanços passados, introduzindo-se incrementos relevantes, com resultados aparentemente positivos. Curiosamente, grande parte dos resultados se deveu a políticas e regramentos internos, e não propriamente a alterações legais.

Os resultados demonstram uma maior maturidade e estabilidade do programa de leniência, com o aumento do número de pedidos de *marker* e de celebração de acordos, combinada com a geração de casos robustos. Ao mesmo tempo, verifica-se

²⁸ Ver Figuras 1 e 6, *supra*.

um incremento exponencial do uso dos TCCs como meio de resolução dos processos de cartel, mas, em especial, como meio para obtenção de provas e crescimento do *enforcement* antitruste e de sua capacidade dissuasória. Os cinco primeiros anos da Lei 12.529/2011 parecem ter sido, portanto, de evolução dos Programas de Leniência e TCC, restando esperar os novos desafios e as novas respostas a serem dadas pelo Cade nos próximos anos.

Referências

ATHAYDE, Amanda; FERNANDES, Marcela. A glimpse into Brazil's experience in International cartel investigations. *Revue des Droits de la Concurrence*, n. 3, 2016.

_____. 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.

Cade. Guia do Programa de Leniência Antitruste do Cade. Disponível em: <http://www.Cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-Cade-final.pdf>.

_____. 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>.

_____. Requerimento 08700.004992/2007-43, Relator Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo, j. 17.12.2008.

OCDE. Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes. 2002.

ACORDO DE LENIÊNCIA: STATUS QUO E DESAFIOS

Ana Paula Martinez

Sumário: 1. Introdução; 2. Teoria dos jogos, leniência e a lógica “da cenoura e do porrete”; 3. Avanços do programa de leniência do Cade; 4. Desafios do programa de leniência do Cade; 5. Conclusão; Referências.

1. Introdução

O acordo de leniência tem sido incorporado em ordenamentos jurídicos por um número crescente de jurisdições – mais de cinquenta países já adotaram o instituto, após sua concepção em 1978 pelos Estados Unidos. Apresentado de forma simples, o acordo de leniência garante tratamento mais benéfico nas esferas administrativa e criminal para o primeiro a delatar infração à ordem econômica que não era de conhecimento das autoridades, ou sobre a qual a autoridade ainda não dispunha de provas suficientes, e cooperar com investigação que resulte em punição dos demais envolvidos na infração.

Reforma legislativa introduziu o instrumento no Brasil em 2000, primeiramente por intermédio de medida provisória reeditada por duas vezes, posteriormente convertida na Lei 10.149, de 21.12.2000, que alterou dispositivos da então Lei 8.884/94. O programa brasileiro, que segue a lógica do sistema norte-americano, foi preservado na Lei 12.529/2011, com incrementos pontuais¹. O primeiro acordo de leniência no país foi firmado pela então Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça em outubro de 2003². Desde então, mais de 60 acordos foram firmados³ e é reconhecidamente um dos instrumentos de política pública mais efetivos na repressão a cartéis.

¹ Ainda que, em tese, o instituto seja aplicável a qualquer ato anticompetitivo que envolva duas partes potencialmente expostas a sanções por infração à ordem econômica, historicamente ele vem sendo utilizado no Brasil exclusivamente para investigar e punir cartéis.

² PA 08012.001826/2003-10, que investigou suposto cartel de vigilância privada no Rio Grande do Sul, Conselheiro-Relator Abraham Benzaquen Sicsu, DJ 19.09.2007. O dia da assinatura de referido acordo marcou, posteriormente, o Dia Nacional do Combate a Cartéis (8 de outubro), criado por meio de Decreto Presidencial em 2008.

³ Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/apresentacao-balanco-2016.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2017.