

# 4

## ACORDOS NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

### *Competition law agreements*

Thiago Marrara<sup>1</sup>

#### RESUMO

O presente artigo aborda os quatro tipos de acordos no direito da concorrência. Para tanto, parte de breves considerações sobre a evolução de mecanismos pró-consensuais dentro do Direito Administrativo e do Direito Concorrencial no Brasil. Em seguida, examina os acordos presentes no controle preventivo concreto junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica: acordos em concentrações (ACC) e acordos de preservação de reversibilidade (APRO). Trata, então, dos acordos no controle repressivo do CADE: acordos de leniência (AL) e os compromissos de cessação de prática (TCC). E, ao final, traz conclusões sobre cada uma das espécies de acordo e as suas respectivas fases.

**Palavras-chave:** CADE; acordo em concentrações; acordo de preservação de reversibilidade; acordo de leniência; compromisso de cessação de prática.

#### ABSTRACT

This article brings the four types of agreements in the Competition Law. Based on this assumption, it points out brief considerations on the evolution of pro-consensual mechanisms within the Administrative and Competitive Law in Brazil. On this point, it explains the agreements in concrete preventive control with the Administrative Council of Economic Defense: agreements in concentrations (ACC) and agreements to preserve reversibility of transactions (APRO). On that basis, the article also shows the agreements in repressive control of CADE: leniency agreements (AL) and commitments of practice cessation (TCC). And, at the end, it draws conclusions about each kind of agreement and its phases.

**Keywords:** CADE; agreement in concentrations procedures; agreement to preserve reversibility of transactions; leniency agreement; commitment of practice cessation.

**Classificação JEL:** K2; K21; K23.

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Acordos no controle preventivo concreto (controle de concentrações); 3 Os acordos em concentrações (ACC); 4 Os acordos de preservação de reversibilidade (APRO); 5 Acordos no controle repressivo (controle de condutas); 6 Os acordos de leniência (AL); 7 Os compromissos de cessação de prática (TCC); 8 Conclusões

<sup>1</sup> Professor associado da Universidade de São Paulo na FDRP. Livre-docente pela USP. Doutor pela Universidade de Munique. Consultor e árbitro na área de direito administrativo e econômico. E-mail: marrara@usp.br.

## 1. INTRODUÇÃO

As transformações do direito administrativo como teoria geral das relações jurídicas da Administração Pública são movimentadas por impulsos provenientes de avanços diluídos por campos setoriais. As inovações construídas em políticas públicas específicas para atender a demandas pontuais, ao demonstrarem sucesso e utilidade, espriam-se pelo direito positivo e pelo plano doutrinário a ponto de se consagrarem como tendência e forçarem a revisão de antigos paradigmas.

Não é diferente com o movimento de *consensualização* do direito administrativo contemporâneo, que se deixa definir brevemente como um fenômeno de valorização de instrumentos dialógicos contratuais, procedimentais ou organizacionais favoráveis à edificação de consensos nas relações intra-administrativas, interadministrativas e nas relações entre Poder Público e sociedade. No plano doutrinário, a consensualização ganhou força ao revelar como a participação, o diálogo e o exercício compartilhado do poder decisório democratiza processos estatais e amplia a consensualidade, resultando em maior estabilização de atos normativos e atos administrativos deles derivados, com a redução da conflituosidade, inclusive da judicialização, e, em última instância, com o incremento da legitimidade estatal.

O reconhecimento desses e doutros impactos positivos do uso de instrumentos pró-consensuais – a justificar o fortalecimento da administração dialógica nos planos do direito positivo e da doutrina – ocorreu a partir da observação de áreas específicas, a exemplo do direito administrativo da concorrência, regente das atividades de prevenção e repressão executadas pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SDBC). Nesse campo regulatório de abrangência suprassetorial, capitaneado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), evidenciou-se, como em nenhum outro, toda a potencialidade do emprego de acordos como técnicas consensuais que ora se somam ao processo administrativo (acordos integrativos) ora o afastam (acordos substitutivos).

A experiência e a realidade do direito concorrencial na matéria são ainda mais valiosas para o estudo do tema pelo fato de que, além de se valer de modalidades negociais substitutivas e integrativas, a lógica pró-consensual é estendida para diferentes tipos e momentos processuais. Nas suas atividades cotidianas, o CADE lança mão de acordos em processos repressivos (controle de condutas contra a ordem econômica), bem como de acordos em processo preventivos concretos (controle de concentrações econômicas). Ademais, utiliza acordos terminativos de processos e acordos temporários, de caráter cautelar, acoplados a decisões liminares no intuito de se proteger o resultado útil do ato administrativo final.

Sob uma perspectiva panorâmica e introdutória, o escopo desse artigo não é outro senão o de demonstrar um pouco dessa rica experiência do direito concorrencial ao esclarecer os tipos, as funções e alguns problemas que marcam o regime jurídico dos quatro mecanismos pró-consensuais empregados no SDBC: os acordos em concentração (ACC), os acordos de preservação de reversibilidade de operação (APRO), ambos presentes na atividade autorizativa desempenhada pelo CADE, assim como os acordos de leniência (AL) e os compromissos de cessação de prática (TCC) no âmbito das atividades punitivas baseadas em seu poder de polícia, ambos presentes no controle de condutas.

## 2. ACORDOS NO CONTROLE PREVENTIVO CONCRETO (CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES)

Igualmente conhecido no meio especializado como controle de concentrações, o *controle preventivo concreto* designa o conjunto de procedimentos e processos administrativos que o CADE conduz no escopo de examinar os efeitos de certas operações jurídicas entre agentes econômicos e que geram concentração de mercado. Nessa atividade, busca-se precisamente decidir, ao final, se essas operações poderão ser autorizadas administrativamente e, com isso, ganhar eficácia jurídica. Trata-se em resumo de uma ação estatal restritiva da liberdade econômica, de natureza liberatória, baseada no poder de polícia concorrencial conferido ao CADE e que se materializa em atos administrativos de autorização total ou parcial, condicionada ou incondicionada, de operações que envolvam dois ou mais requerentes com atuação econômica em um ou mais mercados relevantes.

Com a edição da Lei de Defesa da Concorrência de 2011 (Lei n. 12.529) (BRASIL, 2011), foram promovidas enormes alterações no sistema de controle de concentrações brasileiro, principalmente com o objetivo de torná-lo mais preciso e eficiente que o modelo de 1994 e para economizar espaços e recursos para o desenvolvimento do controle repressivo de condutas. Entre as inúmeras modificações decorrentes da nova lei, cabe destacar: (i) a reclassificação e a redefinição dos procedimentos e processos administrativos empregados nessa atividade de controle; (ii) a adoção de um modelo decisório de duas instâncias, que confere mais celeridade ao exame de concentrações de baixo impacto, passíveis de aprovação integral pela Superintendência-Geral; (iii) a permeabilização processual a interesses externos por meio de mecanismos de participação de terceiros e de agências reguladoras; (iv) a extinção do julgamento tácito por decurso de tempo e (v) a adoção de um modelo de aprovação prévia como requisito de validade e eficácia dos atos de concentrações submetidos à apreciação do CADE.

A despeito das mudanças, os objetivos e resultados derivados do controle preventivo concreto permanecem idênticos. No exercício dessas atividades, o CADE se organiza para autorizar ou não uma operação com efeito concentrativo. E, aqui, para além do esquema decisório binário (ou deferimento, ou indeferimento), tem a faculdade de acoplar à decisão administrativa, liminar ou final, certos mandamentos acessórios para que, de um lado, o particular obtenha o provimento desejado e, de outro, o Estado cumpra suas funções precípuas de promoção e proteção dos interesses públicos primários tutelados pelo SBDC.

É exatamente na construção dessas condicionantes do ato administrativo autorizativo que o controle de concentrações se abre a dois tipos básicos de meios pró-consensuais: o ACC, como acordo final em decisões de aprovação condicionada de concentrações, e o APRO, que, embora não previsto na Lei, deve ser aceito como um acordo temporário e de natureza cautelar nas situações excepcionais de controle posterior da operação de concentração de mercado.

## 3. OS ACORDOS EM CONCENTRAÇÕES (ACC)

Ao finalizar o exame de uma concentração econômica, o CADE pode proferir um conjunto bastante amplo de decisões. Quanto ao conteúdo, a decisão poderá ser de autorização ou vedação da operação. Quanto à extensão, a decisão autorizativa poderá ser integral ou parcial. A vedação ou a autorização parcial serão cabíveis basicamente quando o ato de concentração examinado implicar

“eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante”, “criar ou reforçar uma posição dominante” ou puder “resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços” (art. 88, § 5º) (BRASIL, 2011).

Apesar disso, considerando-se que em muitas situações os riscos de danos aos objetos tutelados pelo SBDC aceitam mitigação por meio de determinadas medidas comportamentais ou estruturais, o ordenamento jurídico, em linha com o princípio da razoabilidade, permite que as decisões administrativas no controle de concentrações sejam adaptadas ao caso concreto por meio de condicionantes. Esse termo, no direito administrativo, abrange tanto a “condição” em sentido estrito como “uma determinação, segundo a qual o início ou o término de um benefício ou restrição dependa da ocorrência de um acontecimento futuro incerto”<sup>2</sup>, quanto o “encargo”, definido por empréstimo do direito processual administrativo alemão, como determinação por meio da qual “se prescreve à pessoa beneficiada uma obrigação de fazer, suportar ou omitir-se”<sup>3</sup>.

Em virtude dessa flexibilidade que a legislação reconhece ao CADE, surge a possibilidade de classificar as decisões do processo de controle de concentrações, no que concerne à sua eficácia, em condicionadas ou incondicionadas e, finalmente, em condicionadas unilateralmente e condicionadas de modo consensual, ou seja, por meio de instrumentos pró-consensuais celebrados entre a autarquia e os requerentes. A previsão dessas decisões condicionadas, unilateral ou consensualmente, é essencial para que o CADE possa compatibilizar, no caso concreto, inúmeros interesses públicos primários e direitos fundamentais que circundam suas ações. Afinal, em contextos a envolver tantos princípios, interesses e direitos, em choque frequente, o esquema binário tradicional entre autorizar ou não autorizar seria incapaz de gerar decisões razoáveis, justas e efetivas.

Não bastasse isso, como os mercados relevantes são extremamente complexos e diferenciados, e considerando-se que os agentes econômicos que nele atuam são os que detêm, como ninguém, experiência e conhecimento acerca de sua dinâmica, seria insuficiente que se permitisse ao CADE criar condicionantes de modo unilateral, sem diálogo com os requerentes. Reconhecendo esse problema e com o intuito de garantir a qualidade, a eficiência e a efetividade do controle concentrações, o legislador adequadamente previu que as condicionantes possam ser negociadas e formuladas com apoio dos próprios agentes econômicos controlados por meio de um procedimento dialógico de negociação.

Em outras palavras, o que se está a afirmar é que a imposição unilateral de condicionantes, embora em si já releve avanços para o modelo tradicional de gestão pública, não esgota a flexibilidade decisória que a legislação confere ao CADE como entidade autárquica que exerce poderes restritivos dentro do controle de concentrações como técnica de prevenção de danos à concorrência em sentido difuso. Para além disso, o direito positivo abriu caminho para um procedimento negocial entre a autarquia e os requerentes com vistas à viabilização de compromissos. Trata-se de um caminho pró-consensual voltado à elaboração conjunta das estipulações obrigacionais que se materializam no chamado Acordo em Controle de Concentrações (ACC), cujo cumprimento integral gera o direito subjetivo de os interessados verem definitivamente autorizada a operação de mercado que

2 Essa é a definição de condição (“Bedingung”) prevista no § 36 II 2 da LPA alemã *Verwaltungsverfahrensgesetz*. Conquanto aplicável ao processo administrativo brasileiro, ela não vem tratada pela LPA federal (ALEMANHA, 1976).

3 § 36, II 4 da LPA alemã (ALEMANHA, 1976).

submeteram à apreciação do CADE.

O ACC, portanto, é instrumento de estabelecimento de condicionantes que acompanham a decisão administrativa final do CADE ao autorizar determinada concentração econômica que apresenta certos riscos ao bom funcionamento do mercado. O acordo é formal, escrito e integrativo da decisão final de aprovação da concentração, caracterizando-se por reduzida precariedade e cuja duração ultrapassa a do processo autorizativo. Fala-se de acordo integrativo, pois o ACC se acopla ao ato administrativo final. Ele não substitui o ato, mas a ele se harmoniza, dele retira sua base de validade, ao mesmo tempo em que condiciona sua eficácia. É daí que o direito concorrencial já oferece uma importante lição para a teoria geral do direito administrativo: técnicas de administração consensual não necessariamente afastam os instrumentos clássicos da administração pública tradicional. Meios dialógicos podem conviver com mecanismos baseados na autoridade, na coercibilidade e na autoexecutoriedade.

Feitos esses esclarecimentos acerca da natureza e da função do ACC, vale apresentar, ainda que brevemente, algumas características gerais sobre seu regime jurídico e os problemas que o circundam, sem qualquer pretensão de esgotamento da análise do direito positivo<sup>4</sup>.

No projeto da Lei de Defesa da Concorrência de 2011, o ACC havia sido amplamente abordado no art. 92, que foi integralmente vetado pela Presidência da República<sup>5</sup>. Desse modo, a previsão do acordo na lei se limitou às normas que o apontam como um instrumento contratual disponível aos órgãos do CADE (art. 9º, inciso V), cabendo-lhe detalhar seu regime jurídico no regime interno (art. 165 do RICADE) (BRASIL, 2020). É por isso que os detalhamentos procedimentais e materiais do acordo em questão se encontram no plano infralegal (BRASIL, 2011).

De modo geral, como praticamente todo tipo de acordo em atividades restritivas do Estado, o ACC passa por cinco fases básicas: (i) a de formulação; (ii) a de negociação; (iii) a de celebração; (iv) a de execução e monitoramento, bem como (v) a de avaliação final e extinção. Essa delimitação de cinco fases tem grande utilidade no plano teórico, na medida em que elas permitem separar os problemas de cada momento da vida do acordo e desenvolver soluções para cada um deles de modo mais claro e preciso, como se demonstrará a seguir.

Na fase de formulação, a disciplina do ACC merece algumas considerações críticas. Embora o Regimento Interno (BRASIL, 2020) deixe a impressão de que o CADE apenas “recebe” propostas de acordos oferecidas pelos interessados no prazo de 30 dias a contar da impugnação da concentração pela Superintendência Geral, a legitimação para a propositura necessita ser interpretada de modo abrangente. Se algum conselheiro ou o Superintendente-Geral reputar conveniente a discussão da via consensual, não há óbice a sugerir aos interessados que, caso queiram, entrem em negociação com a autarquia.

Ademais, conquanto o legislador pareça ter objetivado excluir o MP do controle de concen-

4 Em mais profundidade, cf. MARRARA, Thiago. **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**: organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Atlas, 2015, capítulo 5.

5 Assim foram dispostas as razões do veto: “Os dispositivos restringem a possibilidade de celebração de acordos à etapa de instrução dos processos, limitando indevidamente um instrumento relevante para atuação do Tribunal na prevenção e na repressão às infrações contra a ordem econômica”.

trações ao mencioná-lo na LDC apenas no âmbito do controle de condutas (art. 20), fato é que esse importante órgão de controle detém competência constitucional para zelar por interesses coletivos e difusos (art. 127, caput da Constituição da República) (BRASIL, 1988) e, por conseguinte, reputa-se incontestável sua legitimidade para formular ao CADE proposta de negociação de um ACC para harmonizar os diversos interesses públicos na decisão final sobre a operação. Essa legitimidade deve ser igualmente estendida às agências reguladoras, sobretudo para se prestigiar o princípio da eficiência na Administração Pública, evitando-se que decisões em processos de concentração venham a abalar o funcionamento de políticas regulatórias setoriais. A propósito, diferentemente do MP, é preciso lembrar que a LDC garante às agências legitimidade de participação nos processos de controle por meio de recursos administrativos. Exatamente por isso, não há razão para se negar que elas integrem as negociações de condicionantes no ACC.

A segunda fase, de negociação do ACC, é conduzida a princípio pela Superintendência Geral ou pelo Conselheiro Relator, a depender da fase processual. Aqui, é de se indagar se existe discricionariedade de ação do CADE diante de propostas formuladas pelos requerentes ou por terceiros. Poderia ser a negociação barrada?

Na ausência de uma norma clara na LDC e no Regimento, entendo que o caminho negocial, sempre que cogitado, necessita ser aberto aos requerentes em respeito aos princípios da moralidade e da razoabilidade (ou, mais especificamente, à regra da necessidade). Os requerentes, como administrados, detêm um direito ao diálogo com o Poder Público que, inclusive, pode ser garantido por meio de recurso ao Judiciário. Reconhecer a ausência de discricionariedade do CADE perante solicitações de negociações não significa negar suas margens de escolha no tocante à celebração final do ajuste. Aqui, portanto, revela-se umas das utilidades de se diferenciar, na prática e na teoria, as várias fases do acordo. Não se deve em hipótese alguma confundir o debate sobre discricionariedade na negociação com o relativo à discricionariedade na celebração – esta, sim, existente e inquestionável.

Outro ponto a se destacar na negociação diz respeito à participação de terceiros. É lícito e conveniente que o processo se abra a outros atores? Como lidar com solicitações de participação de terceiros na negociação? Mais uma vez, a LDC e o Regimento não tratam da matéria. Contudo, entendendo não haver fundamento jurídico qualquer que permita vedar, abstratamente, a participação de terceiros, de agências ou mesmo do MP na negociação de um acordo em concentração. A pluralidade de opiniões e manifestações é capaz de agregar publicidade, efetividade e legitimação à via consensual. Assim, conquanto não se possa falar de um verdadeiro direito subjetivo de terceiros a participação em negociações formuladas pelas requerentes<sup>6</sup>, nada obsta que se reconheça a faculdade de o CADE aceitar a colaboração de “não interessados” a partir de um juízo de conveniência e oportunidade. E essa aceitação será importante e recomendável especialmente nas hipóteses em que agências reguladoras buscarem atuar na negociação com o objetivo de harmonizar os objetivos do SBDC com a política setorial sob sua incumbência.

Em perspectiva material, a lei não define nem enumera os tipos e o conteúdo de condicio-

6 Em igual sentido, VILLARES, Andréa Lúcia Nazário. **Instrumentos jurídicos consensuais para proteção à concorrência**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/34UaQQL>. Acesso em: 10 jul. 2020.

nantes aceitáveis, ou seja, que podem ser negociadas e inseridas na minuta do acordo. No entanto, a doutrina especializada oferece mapeamentos bastante úteis dessas técnicas. Nesse sentido, por exemplo, Saller (2004) sugerem a classificação das condicionantes por um critério de conteúdo em condicionante: (i) de alienação de ativos; (ii) de desconcentração ou de desinvestimento; (iii) de abertura de mercado; (iv) de não abuso do poder de mercado ou de se comportar conforme a legislação concorrencial; (v) de constituição de competidores; (vi) de isolamento de informações e (vii) de compromissos formais de interação com a autoridade concorrencial e monitoramento.

De modo geral, essas condicionantes se classificam em principais e acessórias. Principais são as essenciais, cujo descumprimento ataca a finalidade e a razão de ser do próprio ACC. Acessórias são as de mera operacionalização, como as obrigações de monitoramento e fiscalização. Essa distinção, como se verá, ganha relevância sobretudo quando se discutem as medidas de fiscalização do ajuste e as consequências de inadimplementos e moras na execução das obrigações pactuadas.

Concluída a negociação, o acordo passa então à fase de aprovação: a primeira é da própria autoridade pública que o negociou em nome do CADE; a segunda, formal e definitiva, é a realizada pelo Tribunal Administrativo da autarquia (TADE). Assim, mesmo o acordo negociado pela Superintendência Geral (SG), que constitui órgão interno da autarquia, deverá ser apreciado pelo Tribunal, do contrário não receberá a chancela oficial da autarquia. O exercício da tarefa de apreciação e aceitação definitiva do acordo, além disso, não parece ser delegável administrativamente quer à SG ou ao Conselheiro-Relator, pois tal competência está explícita na LDC como exclusiva (art. 9º, V) (BRASIL, 2011).

O exame da proposta de ACC pelo TADE enseja uma análise multifocal do caso concreto, o que, não raro, suscita divergências a respeito do conteúdo negociado. Nesse contexto, o Tribunal depara com três caminhos decisórios: (i) o do indeferimento integral da minuta; (ii) o do indeferimento parcial de determinadas cláusulas negociadas e (iii) o da determinação de retomada da negociação com o objetivo de sanar preocupações específicas – via que se defende como preferencial à do imediato indeferimento.

Uma vez firmado, o acordo passa então à fase de execução e de fiscalização. Para tanto, far-se-á imprescindível a definição, no próprio acordo, das formas de monitoramento do cumprimento das obrigações e condições pactuadas, do papel de cada parte contratante nessa tarefa, da eventual necessidade de se contratarem terceiros para tanto, da divisão dos custos financeiros incidentes e, por fim, da criação de indicadores capazes de mensurar o cumprimento de metas de natureza qualitativa ou quantitativa.

Suscita preocupação o mandamento previsto no art. 52, §1º da LDC, segundo o qual “na fase de fiscalização da execução das decisões do Tribunal, bem como do cumprimento de compromissos e acordos firmados nos termos desta Lei, *poderá a Superintendência-Geral valer-se de todos os poderes instrutórios que lhe são assegurados nesta Lei*” (BRASIL, 2011, grifo nosso). A interpretação mais plausível do dispositivo legal é que as medidas de monitoramento empregadas pela SG se limitarão às pactuadas pelas partes. Ao longo da execução das obrigações, a Administração Pública deverá advertir o compromissário dos pontos que exigem esclarecimento e, somente frente à sua omissão, deverá empregar poderes instrutórios exorbitantes da relação contratual. Trata-se de consequência básica da boa-fé contratual aplicada ao direito administrativo.

Outro ponto que merece destaque é o papel de terceiros na fiscalização. Ainda que a lei atribua à Superintendência Geral a função central nessa atividade, entendo que haja direito subjetivo de terceiros ao monitoramento do acordo, o que, na prática, equivale a afirmar que qualquer cidadão, bem como agências e o próprio Ministério Público, estão legitimados a acessar os termos do acordo (por força do princípio da publicidade, ressalvadas hipóteses de sigilo) e peticionar ao CADE para informar o descumprimento do pactuado. A ampliação dos atores incumbidos de exercer ações fiscalizatórias tem o efeito de fortalecer a efetividade da gestão pró-consensual no controle de concentrações.

Durante a execução do acordo ou após o esgotamento do período de execução, é possível que surjam questionamentos relativos ao cumprimento das obrigações pactuadas. E nesse momento despontarão indagações a respeito das consequências práticas de eventuais moras e inadimplementos do ACC. Mais uma vez, a LDC e o Regimento Interno prescindem de normas claras sobre o assunto, restando à doutrina a tarefa de construção de parâmetros para tratar desses relevantes tópicos da trajetória contratual. Para isso, como dito, é de extrema importância que se parta da diferenciação entre mora, como mero atraso na execução das obrigações, e inadimplemento. Urge ainda dividir as situações de inadimplemento parcial e integral, bem como de inadimplemento de obrigações principais e de obrigações acessórias.

Em outras palavras: o que se está a defender é que jamais se deverá prever a mesma consequência jurídica a três fenômenos distintos: mora, descumprimento de obrigação acessória e, o mais grave, descumprimento de obrigações principais. Em relação ao inadimplemento de obrigações acessórias ou simples mora no cumprimento, as sanções contratuais serão mais brandas, correspondendo unicamente à aplicação de multa diária especificamente prevista na LDC/2011 (art. 39) (BRASIL, 2011). Note-se, ademais, que o descumprimento justificado de algumas obrigações (decorrente de fato de terceiro, força maior ou caso fortuito) sequer deverá ocasionar punição. A esse respeito, Passos (2003) defende que caberá ao plenário do CADE aceitar ou não as justificativas aduzidas pelos compromissários e, diante da aceitação, autorizar a manutenção do acordo.

Em casos mais graves, configurado descumprimento de obrigações principais, devidamente comprovado pelo CADE, a violação do acordo ocasionará a cassação do ato administrativo de aprovação da autorização e, por conseguinte, a extinção do próprio ACC. Fora dessa hipótese, o acordo desaparecerá por outras medidas que venham a extinguir o ato administrativo ao qual ele se integra, como a anulação por vício de legalidade. No entanto, como o ACC afigura-se, primariamente, um ato benéfico ao particular e a ação restritiva do Estado se sujeita aos imperativos da razoabilidade, possíveis vícios sanáveis de legalidade necessitam ser prioritariamente extirpados pela técnica da convalidação. Pelas mesmas razões, em benefício dos agentes econômicos que celebram o acordo em concentrações, incide a decadência do poder de anulação após cinco anos da aprovação do acordo, desde que o compromissário privado tenha agido de boa-fé (LPA, art. 54) (BRASIL, 1999).

Para ilustrar como esse interessante acordo tem funcionado, vale a menção a um caso concreto, no qual o TADE entendeu pela procedência do ato de concentração entre as empresas, com a ressalva da celebração de ACC. Trata-se do Ato de Concentração n. 08700.004494/2018-53 (BRASIL, 2018), de relatoria do Conselheiro Luís Henrique Bertolino Braido, e envolvendo a concentração entre a 21st Century Fox pela The Walt Disney Company (TWDC). A aprovação da concentração ficou con-



dicionada ao ato de desinvestimento, pela TWDC, do conjunto de ativos necessários às operações da Fox Sports no Brasil, relacionadas às atividades de produção e licenciamento de canais lineares básicos de esporte para TV por assinatura no Brasil. Contudo, o desinvestimento não foi alcançado, por conta de problemas como o prejuízo do negócio desinvestido, uma vez que os canais Fox Sports e Fox Sports 2 registraram, em 2018 e 2019, audiência média de 25% e 26% do total de espectadores dos canais lineares básicos da 21CF, o que faz que o ativo recortado para desinvestimento não seja passível de ser apartado do todo da empresa e se sustentar sozinho. Tal situação foi agravada ainda em virtude da pandemia do vírus da Covid-19. Por conta disso, foi celebrado novo ACC, prevendo remédios comportamentais para mitigar problemas concorrenciais constatados (aumento do nível de concentração de mercado; a questão da elasticidade preço da demanda; a busca por ganhos de eficiência produtiva e a busca por diversidade de opções de produtos. Assim, a TWDC se comprometeu a: manter a grade de sua programação por três anos ou ao término de seus respectivos contratos; manter o canal principal da Fox Sports, com o mesmo padrão de qualidade existente atualmente, até o dia 1º de janeiro de 2022, sendo que, após essa data, eventos futebolísticos deverão ser transmitidos em algum de seus canais afiliados, até o final do atual contrato com a Conmebol; devolver antecipadamente a marca Fox Sports, caso opte por encerrar a transmissão deste canal, deixando-a livre para ser utilizada por qualquer outro grupo que se interesse, mediante arranjo comercial com seu proprietário.

#### 4. OS ACORDOS DE PRESERVAÇÃO DE REVERSIBILIDADE (APRO)

Uma das mais significativas mudanças do modelo de 2011 em relação ao de 1994 consistiu no enrijecimento do controle de concentrações por meio da exigência de aprovação prévia das operações de mercado notificadas ao CADE. A execução de concentrações econômicas sujeitas ao crivo estatal sem a obtenção da autorização representa ilícito administrativo que, além de sujeitar o infrator a severas sanções na mesma esfera, ocasiona a determinação de notificação *ex post* e coloca os envolvidos sob o risco de desfazimento da operação.

Da própria sistemática do controle anterior resulta que, em situações de caráter excepcional, o controle necessitará ocorrer posteriormente à concretização do ato de concentração. Essas exceções se vislumbram não apenas na situação de *gun jumping* (isto é, de concretização ilícita da concentração antes de expedição da autorização administrativa), mas também dentro do próprio processo de controle de notificações apresentadas regular e antecipadamente. Explico. A LDC confere ao conselheiro relator de uma concentração o poder de aprová-la liminarmente antes de o Tribunal Administrativo (TADE) proferir decisão final, criando assim uma outra hipótese de controle *ex post*. Isso deriva do que prescreve o art. 59, § 1º: “o Conselheiro-Relator poderá autorizar, conforme o caso, precária e liminarmente, a realização do ato de concentração econômica, *impondo as condições que visem a preservação da reversibilidade da operação, quando assim recomendarem as condições do caso concreto*” (BRASIL, 2011, grifo nosso).

Uma leitura literal desse dispositivo da LDC poderia dar margem a debates acerca da existência de autorização legal para que o CADE negociasse medidas de proteção da reversibilidade da operação de mercado com os requerentes nela interessados. Afinal, na letra fria do artigo referido se prescreve que o conselheiro-relator *imporá* “as condições que visem à preservação da reversibili-

dade da operação, quando assim recomendarem as condições do caso concreto”. O verbo escolhido, “impor”, implica prolação de decisão condicionada, precária e *unilateral*. Isso excluiria, porém, a possibilidade e licitude de uso de um APRO, ou seja, de um acordo de reversibilidade de operação acoplado a decisões de aprovação liminar no controle de concentrações? Entendo não ser esta a interpretação mais apropriada do dispositivo legal.

A utilização dos meios pró-consensuais no âmbito da Administração Pública está fortemente vinculada à necessidade de se conferir mais qualidade e legitimidade à função administrativa. Ao revelar os efeitos positivos do diálogo para a estabilidade das funções administrativas, Schirato e Palma (2009, p. 3) explicam que “decisões formadas por consenso tendem a ser menos desrespeitadas do que decisões impostas unilateralmente”. Por esses e outros motivos, Sundfeld e Câmara (2011) e Palma (2010) sustentam que o emprego de mecanismos consensuais não depende exclusivamente de previsão legal. Seguindo essa lógica, os instrumentos consensuais estarão proibidos unicamente nas situações em que a legislação trouxer uma proibição.

Daí se retira um primeiro argumento a permitir que o conselheiro-relator, ao decidir aprovar liminarmente a operação, opte entre impor unilateralmente as condicionantes aos requerentes ou negociar com eles a elaboração de obrigações que garantam a reversibilidade da operação (caso ela seja ao final reprovada pelo TADE), aproveitando-se de seus conhecimentos e experiência. Não havendo vedação legal, o APRO poderia ser perfeitamente utilizado!

Esse argumento, contudo, perdeu utilidade diante de algumas modificações do direito positivo brasileiro, sobretudo a inserção do art. 26 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) (BRASIL, 1942). De acordo com esse novo artigo, as autoridades públicas estão autorizadas a celebrar compromisso com pessoas físicas e jurídicas para, entre outras coisas, eliminar incertezas e superar situação contenciosa, aqui entendida como as que envolvam conflitos de interesses, públicos ou privados, ainda que potenciais.

Isso significa que o fato de o art. 59, § 1º da LDC empregar o verbo “impor” não obsta a possibilidade de uso de instrumentos pró-consensuais, ainda que ele não esteja previsto na própria lei concorrencial. Sob essa perspectiva é que se aceita a adoção do APRO como: (a) um mecanismo pró-consensual de natureza contratual; (b) empregado durante o desenvolvimento do controle preventivo concreto; (c) marcado pela precariedade e pela finalidade cautelar e (d) obrigatoriamente acoplado ao ato administrativo do Conselheiro-Relator, consistente na aprovação liminar e precária da operação de concentração econômica antes da avaliação final pelo TADE.

A legitimação para solicitar esse tipo de acordo recai sobre os próprios requerentes da aprovação da concentração. Nesse cenário, a primeira conclusão que se retira da sistemática da LDC é a de que eles podem: (a) simplesmente solicitar a aprovação e não se referir às medidas de preservação da reversibilidade, hipótese em que, independentemente, o conselheiro poderá determiná-las; (b) solicitar a aprovação liminar e já apresentar propostas de medidas aptas a preservar a reversibilidade da operação; ou (c) solicitar a aprovação liminar e requerer a negociação de medidas de reversibilidade, antecipadamente minutadas ou não.

Na negociação do APRO, é fundamental que o Conselheiro-Relator manifeste suas preocupações acerca da consumação liminar e precária da operação de mercado antes da decisão final e que proponha eventuais medidas para solucionar suas inquietações. Aos particulares, de sua parte,

cabará esclarecer em profundidade o impacto da consumação da operação e seu grau de reversibilidade. Em havendo tempo hábil, na aprovação liminar também será oportuno ouvir não apenas os interessados diretos, como terceiros potencialmente afetados (*i.e.* consumidores, trabalhadores, competidores, entidades reguladoras do setor atingido e o Ministério Público). Essa recomendação hoje é reforçada igualmente pelo art. 26 da LINDB, que sugere a apreciação jurídica dos acordos e a “consulta pública” – expressão que deve ser interpretada de modo amplo para abarcar instrumentos análogos como a audiência pública, caracterizada pela oralidade e, por conseguinte, maior celeridade (BRASIL, 1942).

No que se refere à aprovação das medidas negociadas, caso o APRO seja viabilizado por um acordo administrativo formal, a competência de celebração será do Presidente do CADE, pois lhe cumpre, por lei, representar oficialmente a autarquia. Já a tarefa de fiscalizar o comportamento dos interessados na operação concentrativa caberá primariamente ao conselheiro-relator.

Observado o descumprimento dos condicionamentos, a autorização liminar deverá ser cassada. Impõe-se indagar se será lícita a cominação adicional de multa administrativa nesse caso. De um lado, essa sanção pecuniária constitui medida de polícia de caráter fortemente restritivo, e está sujeita ao princípio da legalidade em sua faceta mais intensa. De outro, o APRO é um acordo integrativo de uma decisão unilateral, de modo que suas determinações podem ser consideradas parte do ato unilateral autorizativo. Em assim sendo, o descumprimento do pactuado autorizará a multa diária do art. 39 da LDC desde que conduzido “processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais” (BRASIL, 2011).

Na atualidade, dada a falta de clareza da LDC de 2011 sobre a existência do APRO, o CADE tem se absterido de utilizar a figura, embora possa fazê-lo, como aqui defendido, nas excepcionais situações de aprovação *a posteriori*. Para exemplificar o acordo de preservação, nesse cenário, é necessário buscar experiências mais antigas, ainda regidas pela LDC de 1994, como a do Ato de Concentração n. 08012.004423/2009-18, em que se analisou a aquisição da Sadia S.A. pela Perdigão S.A no ano de 2009. Na ocasião, verificou-se que a operação poderia resultar em uma concentração elevada, surgindo assim a necessidade de se assegurar a plena reversibilidade do Ato. Tendo em vista tal preocupação, em 7 de julho de 2009 foi celebrado APRO entre o CADE e as empresas. Por meio do acordo, vedou-se o exercício de controle da Perdigão sobre a Sadia, determinou-se que as estruturas administrativas, produtivas e comerciais da Sadia fossem mantidas íntegras e independentes e limitou a troca de informações entre as duas empresas. Por outro lado, o acordo garantiu que a Perdigão procedesse à reestruturação financeira da Sadia e determinou um conjunto de medidas para as empresas implementares em tal reestruturação (BRASIL, 2009).

## 5. ACORDOS NO CONTROLE REPRESSIVO (CONTROLE DE CONDUTAS)

A intensa consensualização do direito da concorrência não é característica exclusiva dos processos autorizativos conduzidos no âmbito do controle de concentrações econômicas pelo CADE. No controle de condutas, atividade destinada a apuração de infrações administrativas contra a ordem econômica, a realidade concorrencial é também prenhe de meios pró-consensuais. Na ação repressiva do SBDC, habitam os acordos mais famosos e polêmicos, a saber: os acordos de leniência, de natureza integrativa, e os compromissos de cessação de prática, de natureza substitutiva do processo

administrativo sancionador.

Em grande medida, a emergência e consagração desses dois tipos de acordo no direito da concorrência se justificam por duas razões basilares. Por parte do Estado, eles são extremamente úteis quer por viabilizarem a instrução processual e, com isso, favorecerem a pretensão punitiva do Estado no combate a infrações extremamente complexas e nocivas ao mercado e à população (função da leniência), quer por permitirem que o CADE afaste comportamentos suspeitos ou de efeitos questionáveis sem os custos humanos, técnicos e financeiros do processo administrativo punitivo (função do compromisso de cessação).

Por parte dos particulares, os acordos do controle de condutas, nas suas duas espécies, revelam-se interessantes e atrativos por um benefício comum. Eles afastam ou mitigam as gravosas sanções administrativas que o Estado lhes pode impor em consequência da infração contra a ordem econômica. De acordo com a legislação atual, as sanções pecuniárias às empresas podem atingir 20% do faturamento bruto anual no ramo de atividade empresarial<sup>7</sup> em que ocorreu a infração. Para as pessoas físicas e pessoas jurídicas sem atividade empresarial, a multa chega a dois bilhões de Reais e, para os administradores, direta ou indiretamente responsáveis pela prática, a 20% da multa aplicada à pessoa jurídica<sup>8</sup>. Não bastasse isso, o CADE ainda deve cumular à multa a determinação de suspensão da prática (sanções principais), e poderá a elas somar um extenso rol de restrições administrativas de caráter punitivo (sanções acessórias), como a proibição de contratar ou de exercer comércio até medidas de caráter estrutural, como a cisão da sociedade condenada. Resta esclarecer como os agentes econômicos se valem dos acordos para se proteger contra essas sanções ou, ao menos, para reduzir seu impacto.

## 6. OS ACORDOS DE LENIÊNCIA

O acordo de leniência se define como mecanismo pró-consensual de natureza administrativa com finalidade de cooperação instrutória e integrativo do processo sancionador. Por meio dele, uma pessoa física ou jurídica, que figure como coautora de infração concorrencial<sup>9</sup>, propõe-se a

7 Note-se que a base de cálculo não é o mercado relevante atingido, mas sim o faturamento no “ramo de atividade empresarial”. Esses ramos são definidos pelo CADE na Resolução nº 3, de 29 de maio de 2012. Porém, o CADE utilizou o mercado relevante como parâmetro no PA 08700.010769/2014-64, envolvendo distribuição de combustíveis.

8 Apesar de severas, as sanções máximas de multa às pessoas jurídicas em atividade empresarial e aos administradores são bem menores que as previstas na LDC de 1994, que o percentual atingia até 30% do faturamento bruto anual.

9 Na verdade, a pessoa física pode se valer do acordo seja como empregado da pessoa jurídica que comete a infração contra a ordem econômica, seja como autora principal de uma infração concorrencial. A leniência do funcionário não se resume à do administrador da empresa, pois abarca todos e qualquer funcionário que tenha participado da prática infrativa em nome da pessoa jurídica. Ademais, não há necessidade de que a pessoa física esteja, no momento da celebração da leniência, vinculada profissionalmente à pessoa jurídica. Importa apenas que tenha atuado em nome da jurídica no momento em que a infração foi cometida. De acordo com a LDC, os benefícios do acordo serão estendidos aos dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração, “desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas” (art. 86, §6º). Com isso, o legislador buscou vincular a adesão dos funcionários à da pessoa jurídica, tornando precluso o pedido de leniência superveniente. Diferentemente, a situação da pessoa física que figura como infratora direta da legislação concorrencial é muito mais grave que a do mero funcionário. A regra da celebração conjunta da leniência (art. 86, §5º) não incide nesse acordo. Ademais, como não se lhes aplica a regra do “*first come, first serve*” (incidente apenas à pessoa jurídica), a pessoa física pode realizar tanto a leniência prévia que lhe garanta uma imunidade administrativa e penal, quanto a leniência posterior a um acordo já firmado entre o CADE e uma empresa ou associação.

colaborar com o Estado no exercício do controle repressivo para, em compensação, beneficiar-se ou da extinção de sanções que lhes seriam aplicadas ou da sua mitigação. Ao celebrar o acordo, o CADE compromete-se a agir de modo mais leniente, mais brando em relação ao acusado confesso que, por sua vez, assume o papel de colaborador da instrução, por sua conta e risco.

A crescente importância e a frequente utilização do AL no direito da concorrência estão associadas (i) às dificuldades operacionais das autoridades antitruste para exercer com sucesso e efetividade suas funções punitivas; (ii) à complexidade atual das práticas ilícitas concertadas; e (iii) aos efeitos não apenas repressivos, mas igualmente preventivos associados à leniência. Não bastasse isso, a cooperação instrutória gerada por esse acordo com um infrator é vista geralmente como meio de promoção da celeridade do controle de infrações contra a ordem econômica, uma vez que facilita a produção de provas de elevada complexidade e custo. Além disso, o acordo acaba por criar uma “cultura de desconfiança” entre os agentes de mercado envolvidos em tais infrações, desestimulando-os a se unir em torno de objetivos e ações contrárias ao bom funcionamento da concorrência.

O Brasil inseriu a leniência no ordenamento jurídico pela Medida Provisória nº 2.055/2000, regulamentada pela Portaria do Ministério da Justiça nº 894/2000 e, mais tarde, incorporada definitivamente à LDC de 1994 (art. 35-B) (BRASIL, 1994). O primeiro acordo do gênero foi celebrado somente em 2003 no “cartel dos vigilantes”. Ao delator do caso, reconheceu-se a efetividade da cooperação e, por conseguinte, a imunidade administrativa, bem como os benefícios penais do acordo. Apesar desses e doutros exemplos, o programa criado durante a LDC anterior tinha alguns problemas, como os restritos benefícios penais à pessoa física envolvida e a vedação de leniência com “empresas ou pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta tida como infracionária” (art. 35-B, § 1º da Lei n. 8.884/1994) (BRASIL, 1994).

Em comparação, o modelo de leniência desenhado pela LDC/2011 foi bastante aprimorado e, assim, tornou-se bem mais atrativo. Em grande parte, o maior sucesso do atual programa de cooperação com o acusado se deveu a algumas modificações promovidas na legislação, sobretudo: (i) a extensão dos benefícios da leniência à esfera penal de modo amplo; (ii) a exclusão da vedação de celebração de acordos de leniência com líderes de práticas concertadas e (iii) a criação da regra de impedimento de nova leniência no prazo de três anos para o infrator confesso que descumprir as obrigações de colaboração instrutória assumidas perante o CADE.

Essas inovações se somaram a outras características típicas do programa de leniência do direito concorrencial que, desde o início, reforçaram sua atratividade. Refiro-me aqui especificamente: (i) à previsão de leniência única para pessoas jurídicas; (ii) à diferenciação dos benefícios de acordo com o momento da leniência e (iii) à concessão de benefícios penais às pessoas físicas. A segunda e a terceira características infelizmente não encontram paralelo nos acordos análogos que o legislador brasileiro embutiu na legislação de combate à corrupção editada alguns anos após a LDC de 2011. Diz-se “infelizmente”, porque elas são responsáveis pelo enorme sucesso do programa de leniência concorrencial, como se demonstrará a seguir.

Diversamente do que se vislumbra em países que permitem leniências múltiplas, com distribuição de benefícios a vários acusados – por vezes, conforme um sistema escalonado de redução gradual a cada novo colaborador –, no Brasil, a LDC adotou o sistema baseado na regra do “*first come, first serve*”. Isso significa que somente uma das pessoas jurídicas acusadas na apuração de infração

contra a ordem econômica poderá celebrar o acordo e obter todos os seus benefícios imunizantes.

Essa restrição legal do número de colaboradores gera uma natural e salutar “corrida pela leniência” a qualquer sinal de desestabilização das relações entre os infratores. Afinal, os administradores da pessoa jurídica infratora têm a consciência de que, caso ela não seja a primeira a se qualificar para o acordo, inexistirá outra alternativa para mitigar as sanções, a não ser buscar um compromisso de cessação de prática ou esforçar-se para celebrar uma modalidade especial de colaboração instrutória muito mais custosa, denominada “leniência plus”. Nesta última hipótese, o benefício de redução da multa atingirá no máximo 1/3 do seu valor no processo sancionador em curso (no qual já existe, portanto, uma leniência principal) e, ainda, o “colaborador *plus*” ficará obrigado a confessar infração nova, que dará origem a outro processo, no qual ele terá direito aos benefícios de uma leniência prévia.

Para além desse interessante sistema de restrições do número de acordos, aplicável unicamente a pessoas jurídicas, a LDC previu um escalonamento ou uma gradação dos benefícios gerados pela colaboração conforme o momento da adesão ao programa de leniência. Em contraste com a Lei Anticorrupção (BRASIL, 2013) – que criou um modelo bastante frágil e imperfeito, alheio aos avanços que já se viam no SBDC –, o direito da concorrência faz uma clara e justa distinção entre: (i) *leniência prévia*, que permite o abatimento integral da multa; (ii) *leniência concomitante*, que ocasiona a redução da multa em 1/3 a 2/3 e (iii) a *leniência plus*, que, como visto, garante a redução de no máximo 1/3 do valor da multa cominada, além de benefícios de leniência prévia no segundo processo administrativo. Ao traçar essa distinção e oferecer maiores benefícios ao infrator que se oferecer a colaborar com o CADE antes que ele tenha qualquer conhecimento da prática infrativa, a LDC novamente estimula a “corrida pela leniência” e valoriza seu programa de colaboração.

Em terceiro lugar, o sucesso do SBDC no uso do relevantíssimo instrumento pró-consensual em comento se deve à importante extensão dos benefícios da leniência para além da esfera administrativa interna. Uma prática concorrencial, além de ensejar punição na esfera administrativa com base no poder de polícia do CADE, frequentemente abre espaço para outros inúmeros campos de responsabilização. Um cartel, por exemplo, ao mesmo tempo em que se mostra punível pela LDC, poderá deflagrar a responsabilidade civil dos envolvidos perante terceiros (como concorrentes, consumidores, fornecedores ou distribuidores) e a responsabilidade penal das pessoas físicas envolvidas, principalmente seus administradores, sem prejuízo de eventuais implicações em esferas de responsabilidade especial, tratadas, por exemplo, pela Lei de Improbidade (BRASIL, 1992) e pela Lei Anticorrupção (BRASIL, 2013).

O reconhecimento das abrangentes implicações de uma prática contra o funcionamento da concorrência revela, imediatamente, que o sucesso de um programa de leniência jamais poderia ser garantido apenas com benefícios restritos ao processo administrativo sancionador conduzido no âmbito do CADE. Atento a isso, o legislador, em 2011, expandiu enormemente os benefícios às pessoas físicas, garantindo sua imunização na esfera penal de modo ilimitado, não apenas em relação aos tipos previstos na Lei de Crimes contra a Ordem Econômica (Lei n. 8.137/1990) (BRASIL, 1990). Sem essa extensão, o programa de leniência ficaria severamente comprometido, pois dificilmente algum administrador, envolvido na prática, levaria a pessoa jurídica que dirige a cooperar com o CADE sob o risco de, pessoalmente, responder na esfera criminal e sofrer intensas penas.

Além dessas características gerais, o acordo de leniência previsto na legislação concorrencial, em paralelo com os outros acordos celebrados pelo CADE, também se fragmenta nas fases de (i) proposta; (ii) negociação; (iii) celebração; (iv) execução e (v) extinção. Cada uma dessas fases suscita uma série de debates e questionamentos próprios que, a seguir, serão apenas ilustrados sem a mínima pretensão de qualquer esgotamento.

Na propositura, a legislação concorrencial é bastante rígida ao estabelece inúmeros requisitos, que devem ser comprovados pelo infrator qualificado, em ordem de chegada, para as negociações. De maneira geral, a utilização do instituto pressupõe: (i) o cometimento de uma infração concorrencial, a despeito da ocorrência de danos; (ii) a natureza concertada da conduta infrativa, ou seja, a existência de vários coautores; e (iii) a confissão da prática pelo infrator colaborador. O AL depende ainda da formulação de uma proposta oficial pelo infrator confesso, a qual é preliminarmente analisada quanto ao seu cabimento pelo CADE. Afinal, é preciso verificar, entre outras coisas, se já existe leniência firmada e se as provas que se pretende oferecer ao Estado são novas e úteis, colaborando efetivamente com a instrução. Se considerada cabível, então será aberta a negociação.

Isso significa, portanto, que a leniência não é oferecida ao primeiro que mostrar interesse, mas sim ao primeiro que se qualificar para a negociação. Essa constatação poderia levar potenciais interessados a abrir mão da leniência para não correr os riscos de revelação de provas e da confissão. Para evitar esse efeito nocivo, que desencorajaria a adesão ao programa, a legislação prevê duas medidas: o sigilo da proposta e a desconsideração de provas. Caso a proposta seja rejeitada em razão do descumprimento dos requisitos abordados, a confissão realizada pela empresa tanto em relação aos fatos quanto à ilicitude de sua conduta perderá os efeitos e as provas juntadas deverão ser devolvidas e ignoradas, delas não se podendo fazer qualquer divulgação por força de expressa determinação legal (art. 86, §10) (BRASIL, 2011).

Cumpridas as solicitações e os demais requisitos legais, opera-se a celebração do acordo, que acompanhará o processo administrativo e cujo cumprimento será definitivamente julgado pelo CADE no momento de expedição da decisão condenatória final pelo Tribunal Administrativo. A partir da remessa do processo administrativo devidamente instruído para julgamento do TADE, restará precluso o direito à propositura do acordo. Não poderia ser diferente, uma vez que a leniência tem como finalidade precípua a cooperação instrutória, de modo que, se não há mais provas a se produzir, não há mais motivo para acordo. Pela mesma lógica, sempre que se reabrir a instrução, inclusive a pedido do conselheiro relator, automaticamente ressurgirá o direito à propositura do acordo de leniência.

Existindo espaço para produção de provas e cumpridos os requisitos legais, a autoridade responsável deverá obrigatoriamente aceitar a negociação do acordo. Entendo, pois, inexistir qualquer tipo de discricionariedade do CADE para descartar a leniência à luz da legislação atual. Discricionariedade haverá somente na decisão sobre celebrar ou não o acordo, após a conclusão da minuta negociada. Reitere-se, a propósito, que a legislação brasileira não mais veda a celebração do acordo com o líder de uma infração. A má-fé do líder, ao organizar o ato infrativo e seduzir outras pessoas para contribuir com o ilícito, não o proíbe de se beneficiar do programa de leniência. Hoje, o líder será aceito como colaborador, a critério do CADE, sempre que cumprir os requisitos legais mínimos para tanto.

Um aspecto polêmico para a celebração da leniência diz respeito ao dever de cessar a prá-

tica em curso. Com efeito, prescreve o art. 86, § 1º da LDC de 2011, que o acordo somente poderá ser celebrado se (i) a empresa for a primeira a se qualificar; (ii) cessar completamente seu envolvimento na infração notificada ou sob investigação; (iii) não houver provas suficientes, nas mãos da SG, a respeito da prática; (iv) a empresa confessar sua participação no ilícito e se dispuser a cooperar plenamente na investigação (BRASIL, 2011). Não se trata aqui de aprofundar todos os requisitos, mas simplesmente de ressaltar os problemas da cessação da prática como condição da celebração. Na verdade, é mais adequado e compatível com o interesse público e com as finalidades do controle de condutas que o CADE e o colaborador possam combinar a cessação ou a manutenção da prática infrativa, sobretudo depois de uma avaliação dos impactos dessa medida. Essa avaliação é imprescindível, pois a cessação poderá gerar suspeitas por parte dos outros infratores, estimular a destruição de provas e inviabilizar o sucesso da cooperação para fins de instrução do processo administrativo.

Na execução do acordo, duas são as obrigações compulsórias e diretamente previstas em lei ao delator: identificar os demais coautores da infração e entregar documentos e informações que comprovem a infração noticiada ou que esteja sob investigação do SBDC. Para fins de julgamento do acordo e concessão final dos benefícios, será imprescindível avaliar a efetividade dessa ação colaborativa. Além de ser guiada pela efetividade e continuidade da colaboração, o acordo de leniência vem relacionado, na legislação ordinária, com o “resultado útil do processo” (art. 86, §3º) (BRASIL, 2011). Entendo, porém, que isso não significa um condicionamento dos benefícios da leniência à condenação de todos os acusados. Ademais, tampouco se deve entender que a colaboração instrutória implique em obrigações de assunção de todo o ônus instrutório. A oficialidade que rege o controle repressivo concorrencial impede que se transforme a leniência em um mecanismo de delegação integral de tarefas estatais ao particular, de sorte a eximir o Estado de seus deveres na condução do processo.

Respeitadas as competências do CADE, como responsável pela instrução e decisão do processo, o colaborador deve agir sempre de boa-fé, pronta e celeremente conforme as obrigações que assumiu. Todas essas atividades serão realizadas, como já dito, por sua conta e risco. Ele arcará com todos os custos da cooperação instrutória, sem qualquer direito de ressarcimento em relação ao CADE ou aos demais condenados. Além disso, assumirá todos os riscos decorrentes da colaboração e, principalmente, da confissão da prática. Isso exige que a celebração da leniência seja amplamente avaliada e ponderada pelo interessado, sobretudo porque algumas infrações concorrenciais, como o cartel licitatório, deflagrarão inúmeros processos de responsabilização, dentro e fora da esfera administrativa, e o acordo de leniência firmado com a autoridade concorrencial jamais será suficiente para conter, mitigar ou afastar as várias sanções aplicáveis<sup>10</sup>. Como se demonstrou anteriormente, a leniência concorrencial origina basicamente efeitos administrativos internos (no processo em que é firmada) e benefícios penais para as pessoas físicas.

10 A leniência concorrencial brasileira, por exemplo, não gera imunidade civil e, por força da lacuna normativa e das próprias finalidade técnicas do instituto, sequer poderia o administrador público assumir a função de árbitro dos danos civis no curso do processo administrativo. Não bastasse isso, a leniência abre um risco considerável de condenações no exterior, o que, por sua vez, influencia o ajuizamento de incontáveis ações (penais ou civis) sob diversos ordenamentos, colocando em estado de extrema incerteza não somente a empresa delatora, como também seus administradores e demais envolvidos na prática concertada ilícita. No Brasil, a existência de convênios internacionais entre o CADE e entidades estrangeiras não basta para solucionar todos os desafios da cooperação e conter a multiplicação das esferas de responsabilização que afetam negativamente a eficácia da via de cooperação administrativa criada pela legislação.



A mensuração e oferta dos benefícios da leniência se concretiza no momento de julgamento e, igualmente, de extinção desse acordo integrativo, vinculado e dependente do processo administrativo sancionador conduzido pelo CADE. É necessário que o Tribunal Administrativo, nesse momento, manifeste-se expressamente sobre a cooperação do infrator e, somente diante do reconhecimento do adimplemento de suas obrigações, concederá os benefícios prometidos. Isso revela que a finalização do acordo envolve diferentes situações, que podem ser sumarizadas nas seguintes hipóteses:

- *Decisão condenatória e leniência cumprida*, caso em que se concederão ao colaborador a imunidade em relação à sanção de multa ou a sua redução dentro dos patamares legais, garantido o benefício da menor sanção (art. 86, § 5º LDC) (BRASIL, 2011)<sup>11</sup>;
- *Decisão condenatória e leniência descumprida*, situação em que, por inadimplemento de obrigações de colaboração pactuadas, o infrator que ingressou no programa de leniência será condenado normalmente e, adicionalmente, poderá se sujeitar a sanções administrativas adicionais, perderá imunidade em processos penais que tenham por objeto a mesma conduta que configurou a infração administrativa, não poderá celebrar nova leniência pelo período de três anos e não se beneficiará da proteção sobre documentos e meios de prova que entregou ao CADE; e
- *Decisão absolutória*, hipótese esdrúxula, mas igualmente concebível, já que o Tribunal Administrativo pode declarar a prática como ato lícito ou, apesar da leniência, entender que inexistem provas suficientes para a condenação. Nessas situações, à primeira vista, poder-se-ia considerar que o acordo deveria se encerrar sem qualquer concessão de benefícios ao colaborador. Essa conclusão parece incorreta. Negar ao delator os efeitos do acordo de cooperação afigurar-se-ia uma decisão indevida e perigosa ao próprio sucesso da via de cooperação entre CADE e mercado. Isso, porque a conduta não punida no campo administrativo ainda está sujeita à verificação criminal, ao exame judicial em ações indenizatórias civis bem como eventuais processos perante agências reguladoras. Assim, o fato de o CADE reconhecer a absolvição não afasta seu dever de avaliar e, em caso de cumprimento, declarar o cumprimento do acordo, garantindo ao colaborador todos os benefícios diretos e indiretos previstos na legislação.

Dados os seus potenciais benefícios, os acordos de leniência, nos últimos anos, têm-se tornado cada vez mais frequentes. A título de ilustração, em maio de 2013 a Superintendência-Geral do CADE celebrou acordo com as empresas Siemens Ltda. e Siemens AG, além de alguns de seus funcionários, dando origem a processo administrativo para apurar o “cartel dos metrô de São Paulo” como uma forma de cartel em licitações públicas. Os infratores colaboradores confessaram a prática ilícita com o objetivo de obter, perante a Administração Pública, os benefícios referidos no art. 86, §4º, e 87 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011). Ao confessar, reconheceram a existência de ajustes entre concorrentes para eliminar a disputa em licitações públicas relativas a projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares, desde, pelo menos, 1998. A partir dos dados e documentos obtidos por meio da leniência, o CADE realizou operação de busca e apreensão para fortalecer o conjunto probatório

11 Esse benefício, que não existe na leniência da legislação anticorrupção, garante ao colaborador que ele receba a menor multa, ou seja, os outros acusados, não colaboradores, receberão multa igual ou superior à do infrator que participou do programa de leniência e cumpriu todas as obrigações nele pactuadas.

inicial, angariando robustas provas da infração à ordem econômica praticada pelos representados. Ao final, em 2019, o processo culminou na condenação de 11 empresas e 42 pessoas físicas. As multas cominadas atingiram o valor de R\$ 535,1 milhões. Já os infratores colaboradores na leniência, em razão do cumprimento integral das obrigações acordadas, beneficiaram-se da extinção da pretensão punitiva da Administração Pública, além da imunidade penal para as pessoas físicas (BRASIL, 2013a).

## 7. OS COMPROMISSOS DE CESSAÇÃO DE PRÁTICA (TCC)

Dos quatro acordos presentes no SDBC, o termo de compromisso de cessação de prática, conhecido como TCC, é certamente um dos mais polêmicos por ser o único com efeito substitutivo do processo administrativo. Trata-se de acordo instrumentalizado por um termo subscrito pelo CADE, no controle de condutas, e por uma ou mais pessoas, acusadas de infração contra a ordem econômica. Uma vez celebrado o compromisso, o processo acusatório é suspenso por prazo determinado e, ao se reconhecer o cumprimento das obrigações acordadas, determina-se seu arquivamento. Não se confere, porém, qualquer tipo de imunidade administrativa ou penal aos compromissários. Além disso, por lei, o TCC não pressupõe pluralidade de infratores, nem exige confissão – embora isso possa ocorrer por determinação infralegal.

No controle de condutas, o emprego do compromisso de cessação de prática apresenta três utilidades básicas expressivas, quais sejam: (i) impedir a continuidade da prática de mercado sob a qual pairam suspeitas de ilicitude ou de seus efeitos nocivos sem a necessidade de se impor medida preventiva ou decisão condenatória; (ii) concretizar o princípio da eficiência administrativa ao imprimir celeridade e economicidade processual; e (iii) democratizar a ação do CADE, o que tende a lhe conferir maior aceitação e, por conseguinte, reforçada efetividade e estabilidade às suas decisões em detrimento da litigiosidade.

Para se compreender esses benefícios, é preciso ter em mente que o TCC, diferentemente de todos os outros acordos concorrenciais debatidos, substitui o processo administrativo integral e definitivamente em relação ao compromissário, deixando o Estado de julgar a conduta suspeita quanto à sua legalidade. Em última instância, trata-se de uma ferramenta que permite o afastamento da prática ou, quando ela já tenha cessado, de seus efeitos sem a necessidade de conclusão processual. Seu objetivo maior não é viabilizar a instrução processual, como a leniência, mas sim evitar o processo! Isso contribui com a eficiência e a celeridade do controle de condutas e, indiretamente, com o aumento de legitimidade do CADE. Não fosse isso, a depender do próprio conteúdo do acordo celebrado, não é de se negar que o TCC ainda seja capaz de atingir objetivos preventivos gerais, reduzindo os riscos de ilícitos concorrenciais para além do processo administrativo em concreto<sup>12</sup>.

Apesar dessas vantagens, o acordo de cessação encontra certa resistência. Parte dela advém da tradição unilateralista das autoridades administrativistas brasileiras – concepção que privilegia uma administração mais repressiva e menos dialógica, resistente ao uso de meios pró-consensuais. Essa concepção mais repressiva, para Lobão, explicaria a recusa, pela Administração Pública, da negociação de compromissos de cessação em processos mais longos e já razoavelmente instruídos,

12 Nesse sentido, ressaltando os benefícios de cláusulas de “compliance”, cf. PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual**: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

pois, nessas situações, o Estado teria despendido muito tempo e recursos na averiguação da conduta. De outra parte, “o compromisso, nestes casos, poderia ser um incentivo à adoção, *ex ante*, de práticas anticoncorrenciais, na medida em que o agente econômico, auferindo os benefícios econômicos da prática adotada, teria, ao final, o benefício do arquivamento do processo sem julgamento do mérito e sem aplicação de qualquer penalidade” (LOBÃO, 2001, p. 96).

Sob a lente do direito positivo, nota-se que o compromisso de cessação foi o acordo que mais sofreu transformações com a renovação da legislação concorrencial em 2011. Limitando-se o escopo da comparação histórica às diferenças entre o texto da LDC/1994 (BRASIL, 1994) e a LDC/2011 (BRASIL, 2011), parece evidente que o direito vigente não incrementou os estímulos à celebração do compromisso. A uma, a democratização do processo com a participação de terceiros pode levar o acusado a se eximir da negociação para não ter que suportar obrigações exageradas decorrentes da necessidade de atender interesses externos ao do processo concorrencial. A duas, a regra que impede o efeito suspensivo da abertura de negociações tende a reduzir o número de acordos, uma vez que, para viabilizá-los, os acusados terão que os propor na fase inicial da instrução, momento em que são menores os estímulos ao uso do meio consensual. A três, na legislação em vigor, proíbe-se nova propositura de acordo, caso um primeiro não tenha sido aprovado. Isso pressiona o acusado interessado a se esforçar mais ao longo das negociações, embora torne a relação negocial menos equilibrada.

Do quanto exposto, resta evidente que a legislação atual, em comparação com o modelo da LDC de 1994, tornou-se muito mais favorável à Administração Pública que aos acusados. Sutilmente, a legislação se afasta da horizontalidade negocial tão necessária para o sucesso da via consensual, o que parece estar relacionado com uma estranha cegueira do Estado quanto ao caráter transaccional do TCC. Afinal, o ordenamento prevê um acordo que implica a renúncia do poder sancionador não como uma dívida ao administrado, senão porque considera a transação igualmente benéfica ao exercício das funções administrativas. Diante disso, um regime relativamente verticalizado das negociações, como o vigente, coloca em risco a efetividade da via pró-consensual.

Procedimentalmente, sem prejuízo de seu efeito substitutivo do processo administrativo sancionador, o TCC passa pelas mesmas fases dos acordos concorrenciais de caráter integrativo. Inicia-se pela propositura, aberta a todas as pessoas físicas e jurídicas; passa-se à fase de negociação, que envolve uma ou mais pessoas físicas e jurídicas – sem, portanto, a vedação de acordos múltiplos que vige para a leniência; avança-se para a execução das obrigações pactuadas, durante a qual o processo sancionador fica suspenso e, enfim, chega-se à fase de encerramento e avaliação do acordo, momento em que, com a declaração de cumprimento, o processo sancionador é definitivamente arquivado em relação ao compromissário.

A respeito da legitimidade do acusado para a propositura do compromisso de cessação, basicamente não há grandes debates. Como principal interessado em evitar o exercício do poder punitivo pela Administração Pública, é ele que deve se dirigir à autoridade pública para demonstrar sua disposição em cessar a prática ou reverter seus efeitos nocivos com o objetivo de impedir que o processo prossiga. Também é possível que mais de um acusado tome a iniciativa de negociação do acordo. Ao contrário do que ocorre no programa de leniência comum, como dito, a propositura e celebração de TCC por uma pessoa jurídica acusada não obstam a proposta de outras pessoas físicas

ou jurídicas. Ademais, a presença de um acordo de leniência anterior tampouco impede que as demais pessoas jurídicas acusadas, sem a possibilidade de aderir ao programa de leniência, ofereçam propostas de cessação de prática ou de reversão de seus efeitos para se livrar do processo sancionador.

O reconhecimento da legitimidade primária do acusado para propor o TCC não obsta a pró-atividade do agente público para tanto. Essa possibilidade se vislumbra claramente nos art. 11, IX e 13, IX da LDC/2011 (BRASIL, 2011), pelos quais tanto o conselheiro do TADE quanto a SG podem propor termos de compromisso de cessação. Nessa situação específica, de acordo com normas do Regimento Interno do CADE, a recusa da proposta oficial de acordo não retira do acusado a possibilidade de propor TCC em fase mais adiantada do processo (art. 230, § 4º) (BRASIL, 2020). Aqui se excepciona, portanto, a vedação de nova proposta<sup>13</sup>.

Em termos formais, a proposta de TCC é necessariamente escrita, subscrita geralmente pelo acusado e direcionada ao CADE com ou sem pedido de confidencialidade<sup>14</sup>. O que importa na proposta é a demonstração de que o acusado interessado se dispõe a suspender ou alterar significativamente sua prática de mercado ou a reverter os efeitos nocivos que dela resulte ou tenha resultado. Por lei, a proposta e o acordo que dela advém não representam uma confissão quanto à matéria de fato e à ilicitude da conduta objeto do processo ou da averiguação preliminar. No entanto, é admissível que TCC contenha cláusula de confissão, que ganhará efeito jurídico com sua celebração.

Um exame da LDC/2011 mostra que a propositura de negociação do TCC ocorrerá durante o procedimento administrativo, o inquérito ou o processo administrativo propriamente dito (art. 85, caput) (BRASIL, 2011). Há, porém, um erro na norma em questão. O procedimento administrativo é previsto na legislação concorrencial como uma etapa de verificação da competência do CADE para apreciar e julgar o caso concreto. Durante seu curso, o Conselho não dispõe de uma conclusão acerca de sua competência e, diante de tão relevante incerteza, não poderia passar a negociar uma proposta de compromisso. Nem o CADE nem qualquer outra entidade administrativa está autorizada a negociar assunto sobre o qual não detém competência por força do princípio da legalidade administrativa. E como a competência é a medida do poder público, resta evidente que a propositura do TCC não é aceitável durante o procedimento administrativo de avaliação de competência do CADE.

Outro ponto polêmico a circundar a negociação do acordo diz respeito à exigência de confissão da prática. Como se afirmou, essa exigência não consta expressamente na LDC, embora apareça no Regimento Interno do CADE<sup>15</sup>. Para Lobão (2001), a desnecessidade de confissão incentiva o acusado a cessar voluntariamente sua conduta. Sem a confissão, os riscos de punição do acusado

13 Art. 230 §4º: A aceitação ou rejeição pelo Representado da negociação do termo de compromisso proposta pelo Superintendente-Geral não prejudica a apresentação de requerimento de termo de compromisso por parte do Representado, nos termos do Art. 219 deste Regimento Interno.

14 Existe norma legal expressa a autorizar a concessão de caráter confidencial à proposta (art. 85, §5º) (BRASIL, 2011).

15 Art. 219, §5º: O protocolo do requerimento de termo de compromisso não implica confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento da ilicitude da conduta objeto do processo administrativo, do inquérito administrativo ou do procedimento preparatório de inquérito administrativo.

Art. 230, §7º: A manifestação do interesse dos representados em celebrar termo de compromisso de cessação não implica confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento da ilicitude da conduta objeto do processo administrativo, do inquérito administrativo ou do procedimento preparatório de inquérito administrativo.

serão também menores diante de uma ocasional declaração de descumprimento do TCC e o consequente prosseguimento do processo administrativo sancionador. No compromisso firmado com um acusado não participante do programa de leniência, a confissão é por vezes inapropriada em razão de um motivo simples. A despeito da materialidade da prática, o acusado poderá não reconhecer a acusação de autoria, ou seja, ele pode aceitar o compromisso simplesmente com o objetivo de fazer cessar imediatamente sobre si uma acusação de prática que não cometeu. Nos processos em que já exista leniência, porém, dificilmente esse argumento subsistirá, daí a imprescindibilidade de que a confissão ocorra.

A celebração do compromisso, em contraste com a abertura da negociação, é ato discricionário, marcado por um juízo de conveniência e oportunidade. Apesar de uma boa minuta, o Tribunal Administrativo, entre outras coisas, poderá considerar oportuno recusar o acordo com o objetivo de conduzir o processo até o final e firmar jurisprudência sobre certa prática concorrencial no intuito de guiar o mercado. Poderá eventualmente recusar o acordo, igualmente, por entender muito tardia sua propositura e, por conseguinte, extremamente reduzidos os ganhos que advirão para o Estado. Afinal, se a instrução já estiver em fase de conclusão ou concluída, poucas serão as vantagens de suspender e arquivar o processo.

Entretanto, não deverá o CADE se recusar a firmar o acordo por considerar insatisfatórias as cláusulas que ele mesmo propôs nas negociações. O Tribunal deve agir coerentemente com o que os seus negociadores propuseram. Entra em jogo, aqui, a vedação do *“venire contra factum proprium”*. Na lição de Moreira (2010), trata-se de norma decorrente da moralidade que veda conduta dissonante a anteriormente assumida em prejuízo de expectativas legítimas. Tampouco se deverá recusar o acordo pela recusa de o particular aceitar obrigações excessivas ou completamente descoladas do objeto tutelado pelo SBDC. O princípio da razoabilidade administrativa e o princípio da finalidade pública impõem relevantes barreiras aos negociadores públicos, impedindo-os de demandar compromissos mais severos que os necessários a atingir os objetivos do acordo ou que visem a tutelar objetos alheios ao direito concorrencial.

A fixação desses limites principiológicos ao exercício da discricionariedade de celebração do acordo pelo CADE é relevante por conta de um aspecto prático claro. O Regimento Interno do CADE (BRASIL, 2020) somente permite que o Tribunal Administrativo negue ou aceite a minuta final de TCC de modo integral<sup>16</sup>. Não cabe ao Tribunal impor alterações de mérito de modo unilateral. Sua decisão consistirá em aceitar ou rejeitar a minuta sem emendas. E o indeferimento do acordo proposto pelo acusado terá o efeito de vedar nova proposta, como já dito. Não há dúvidas de que essa norma torne a negociação mais assimétrica e verticalizada em benefício dos negociadores públicos e em prejuízo dos particulares. O pretense efeito *“antiprotelatório”* da regra não convence, pois a LDC determina que o processo sancionador não se suspenderá por força da negociação de um TCC, o que, por si só, faz inúteis proposituras múltiplas, bem como inviável qualquer estratégia maliciosamente protelatória.

A seu turno, a aprovação da minuta tem efeitos relevantes. De um lado, exige a suspensão do processo e das atividades de instrução. De outro, ocasiona a *“cessação da prática”*. Note-se, contudo,

16 Art. 231, §2º: O Plenário do Tribunal somente poderá aceitar ou rejeitar a proposta final, não podendo fazer contra-proposta.

que desde 2007 é possível que o acordo entre o CADE e o acusado não acarrete a verdadeira extinção da conduta. A legislação tornou a negociação do TCC mais maleável e permeável à lógica do razoável. A obrigação principal pode, assim, consistir na paralização de um comportamento, bem como na modificação desse comportamento ou na reversão ou correção de seus efeitos nocivos. Em todo caso, imprescindível é o resultado benéfico do ajuste a justificar a dispensa de um processo sancionador. E a cessação em si da prática de mercado constitui somente um dos meios pelo qual esse resultado poderá ser atingido.

Diante do acordo celebrado e em execução, colocam-se inúmeras questões bastante interessantes, que se relacionam com a pouca clareza acerca do regime contratual. Apenas para exemplificar essa problemática, poderia o CADE, como ente estatal, valer-se de poderes exorbitantes, como o de modificar ou rescindir unilateralmente o ajuste? Seria possível revogá-lo por interesse público? Entendo que ao Poder Público, a partir de um interesse público relevante que conflite com a execução de um compromisso assinado, não se autorizará revogá-lo ou substituí-lo, unilateralmente, por outro acordo. Para substituir as obrigações em curso, a única solução cabível será a oferta de novas negociações com o acusado para que se chegue a um acordo integralmente adequado à realidade atual. Outra solução concebível seria a previsão, no TCC originário, de obrigações com prazo determinado, cujo término daria oportunidade de renegociações e, assim, tornaria o compromisso um instrumento mais flexível e adaptável às mudanças da realidade. *Ad argumentandum tantum*, mesmo que prevista a “reserva de rescisão unilateral por interesse público” no TCC, não há dúvidas de que o CADE continuaria obrigado a observar alguns limites para se valer do instituto, pois teria que comprovar: (i) a alteração das circunstâncias fáticas em que o compromisso foi celebrado; (ii) a configuração de “oneriosidade excessiva” a interesse público primário bem limitado; e (iii) o balanceamento dos interesses públicos que sugerem a rescisão e o princípio da segurança jurídica favorável à manutenção do TCC.

Encerrado o prazo de execução, com ou sem alterações, o CADE terá a incumbência de examinar o comportamento do compromissário para então declarar o cumprimento e determinar o arquivamento do processo administrativo. Ao ver declarado o cumprimento do acordo, o particular se subtrairá do risco de ser punido pela prática que vinha sendo investigada pelo SBDC. No entanto, caso o compromissário retome a mesma prática após a declaração de cumprimento do TCC, estará novamente sujeito a processo sancionador, pois a cessação constitui uma obrigação de prazo indeterminado e a celebração do compromisso suspende a prescrição da pretensão punitiva da Administração.

Para além da esfera administrativa, o compromisso de cessação não produz quaisquer efeitos. Seu cumprimento não beneficia a pessoa jurídica na esfera civil, nacional ou estrangeira, nem a pessoa física nas esferas civil e penal. Em contraste com o programa de leniência, a celebração e cumprimento do compromisso não impede, portanto, que os dirigentes sejam condenados na esfera penal por crime contra a ordem econômica. Apesar disso, os efeitos do cumprimento são significativos, sobretudo quando comparados com as consequências do processo administrativo sancionador e com os efeitos adicionais da declaração de descumprimento, que incluem desde multas sancionatórias, multas diárias até a possibilidade de execução judicial das obrigações pactuadas.

Por se tratar de um instrumento com obrigações recíprocas, é igualmente concebível que

o CADE venha a violar o pactuado. Para se defender contra a má-fé da Administração Pública, ao compromissário também se deve garantir o direito de exigir, administrativa ou judicialmente, o cumprimento do TCC e, por conseguinte, a suspensão ou o arquivamento do processo sancionador, bem como a paralisação de investigações. Afinal, se as obrigações assumidas pelo CADE mediante a celebração do compromisso decorrem diretamente da legislação, a violação contratual representa violação legal e possibilita o uso de remédios especiais, como mandado de segurança. Ademais, o inadimplemento da transação pela Administração Pública permite que o particular se valha da exceção do contrato não cumprido para voltar a praticar a conduta que se comprometeu a cessar e para obter eventuais indenizações, como também a devolução de valores eventualmente recolhidos ao Fundo de Direitos Difusos com as devidas correções.

Muitos são os TCCs firmados nos últimos anos pelo CADE. Para ilustrar, tome-se o Processo Administrativo n. 08012.010338/2009-99, em que o Conselho celebrou quatro compromissos ao longo da apuração de prática de cartel nos mercados de tubos para imagem colorida para televisão (CPT) e tubos para displays coloridos para monitores de computadores (CDT). As empresas celebrantes: (i) admitiram os fatos descritos no Histórico da Conduta e comprometeram-se a (ii) recolher contribuição pecuniária no valor de R\$ 17.112.134,59 ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos; (iii) apresentar ao CADE documentos, informações e outros materiais referentes aos fatos investigados no processo, providenciando, se necessário, a tradução juramentada dos documentos apresentados; (iv) cooperar plena e permanentemente com o CADE na presente investigação; (v) comparecer a todos os atos processuais sempre que solicitado pelo CADE até o julgamento; (vi) comunicar ao CADE a alteração dos dados constantes no aludido Termo; (vii) auxiliar o CADE na notificação inicial dos funcionários contra os quais o Processo Administrativo foi instaurado; (viii) abster-se de praticar qualquer das condutas investigadas, bem como a adotar medidas para assegurar que as condutas não voltem a ocorrer; (ix) portar-se com honestidade, lealdade e boa-fé durante o cumprimento das obrigações; (x) não realizar ato e não se omitir de qualquer forma que possa prejudicar o regular andamento das investigações, portando-se, assim, de maneira condizente com as obrigações e manifestações de vontade assumidas no Termo. No decorrer do processo, foi verificado cumprimento total das obrigações firmadas, o que culminou na decisão do CADE pela extinção da ação punitiva (BRASIL, 2009a).

## CONCLUSÕES

- O direito concorrencial brasileiro é prenhe de instrumentos pró-consensuais de natureza contratual que inspiram e estimulam o movimento de consensualização do direito administrativo e servem de inspiração para outros setores. Em comum, todos esses acordos passam por cinco fases: (i) propositura; (ii) negociação; (iii) celebração; (iv) execução e (v) extinção. Essas fases envolvem e suscitam debates e questionamentos próprios, intrincados, que têm estimulado a edificação de uma base doutrinária para sustentar um regime próprio dos acordos empregados em atividades administrativas de caráter restritivo (*i.e.* acordos no poder de polícia, no poder disciplinar ou em poderes contratuais do Estado).
- O controle de concentrações econômicas, por meio do qual o CADE exerce uma atividade de prevenção de danos concretos contra a ordem econômica ao examinar fu-

sões, aquisições e outros instrumentos jurídicos congêneres, abrange dois acordos de natureza integrativa. Esses acordos acompanham o processo administrativo e convivem com o ato administrativo unilateral – a revelar, para a teoria geral, que os modelos de administração consensual não se opõem à administração unilateral, baseada nos atos coercitivos e autoexecutórios, mas com ela convivem e se retroalimentam.

- O controle de concentrações demonstra que os acordos podem se vincular quer a decisões autorizativas liminares e precárias editadas ao longo do processo administrativo, como o APRO (que, apesar da falta de previsão legal, sustenta-se numa interpretação sistemática da LDC), quer a decisões finais, como o ACC. Em todas as situações, eles se destinam a afastar os inconvenientes de um modelo decisório binário (autorizar ou negar), abrindo múltiplos caminhos decisórios e, com isso, permitindo que o CADE possa elaborar soluções autorizativas mais criativas e aptas a compor os incontáveis interesses públicos primários e direitos fundamentais que uma operação de concentração econômica envolve.
- O controle de condutas, como atividade repressiva de infrações contra a ordem econômica, envolve igualmente dois tipos de acordo que, em comum, apresentam para o acusado a vantagem de afastar ou mitigar sanções, dentro e fora do processo concorrencial, e oferecem ao CADE a possibilidade de solucionar questionamentos de mercado e concluir inquéritos e processos punitivos com maior celeridade e efetividade, o que, em última instância, contribui para a estabilização de suas decisões, para a redução da litigiosidade e para o aumento de sua legitimidade diante do mercado e da sociedade.
- O acordo de leniência representa um instrumento de diálogo e ajuste com um infrator confesso com o objetivo de viabilizar a instrução e garantir a conclusão bem-sucedida dos processos punitivos. Ao construir seu programa de leniência atual, depois de muitas discussões e anos de experiência, a legislação concorrencial adotou um modelo bastante atrativo, sustentado em regras claras que, entre outras coisas, diferenciam os benefícios conforme o momento da celebração do acordo, vedam múltiplos acordos com pessoas jurídicas e garantem amplos efeitos penais às pessoas físicas. Muitos desses avanços do modelo concorrencial têm sido infelizmente ignorados em leis mais recentes que trazem instrumentos análogos, como a lei anticorrupção.
- Os compromissos de cessação, por fim, configuram o segundo acordo no controle de condutas e o único dos quatro acordos com efeito substitutivo do processo administrativo concorrencial. É exatamente desse efeito que derivam as maiores críticas e dúvidas em relação ao compromisso e sua compatibilidade com alguns princípios do ordenamento jurídico, como a indisponibilidade do interesse público. Na prática, porém, essas críticas foram superadas ao se demonstrar que o compromisso permite ao Estado solucionar rapidamente questionamentos quanto a condutas econômicas sem os custos técnicos, financeiros e humanos de um processo sancionador e sem os riscos da sua instrução. Ao fazê-lo, os compromissos tutelam o interesse público ao mesmo tempo em que liberam tempo e recursos para que o CADE se dedique a assuntos e casos prioritários ou de maior impacto, de modo a contribuir, em sentido abrangente, para a



efetividade da política de defesa da concorrência como um todo. Apesar dessas grandes vantagens, observa-se que a legislação atual tornou o regime dos compromissos mais verticalizado, de modo a tornar a negociação mais assimétrica e elevar os poderes de barganha do Estado. Isso se conclui a partir do exame de regras que limitam o número de propostas de negociação, que dão ao TADE o poder de apenas aprovar ou rejeitar integralmente a minuta e que vedam a suspensão do processo ao longo da negociação.

• Independentemente dos retrocessos ou avanços da legislação em vigor em comparação com a anterior, é inegável que o direito concorrencial continua sendo o principal laboratório brasileiro dos meios pró-consensuais em atividades administrativas restritivas, com funções preventivas ou repressivas. Suas normas, sua experiência, seus erros e acertos merecem ser levados em conta por todos aqueles que se dedicam ao tema da consensualização e, igualmente, pelo legislador no debate e na construção de mecanismos do gênero para outros setores. Eles ainda necessitam ser levados em conta na formulação de respostas a uma indagação bem mais complexa: já é hora de transformar esses acordos em ferramentas gerais do direito administrativo, aplicáveis a todos os setores e níveis da Administração Pública?

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. **Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)**. Berlim: Bunderministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, 1976

BRASIL. [Constituição de 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília: Presidência da República, 1942.

BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1992.

BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1994.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília: Presidência da República, 1999.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e

dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2013.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08012.004423/2009-18**. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/2HYP3Pv>. Acesso em: 25 ago. 2020

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.004494/2018-53**. Requerentes: The Walt Disney Company, Twenty-First Century Fox, Inc., [...], ASSOCIAÇÃO NEO TV (“NEO TV”). Relator: Conselheiro Luis Henrique Bertolino Braido, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/32igR86>. Acesso em: 25 ago. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.010338/2009-99**. Interessados: Sde Ex-Offício, Samsung SDI Co. Ltda, [...], Sangkyu Park. Relator: Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, 2009a. Disponível em: <https://bit.ly/3p2o9Xi>. Acesso em: 17 jul. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41**. Interessados: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Alstom Brasil Ltda., [...] O Estado de São Paulo. Relator: Conselheiro João Paulo Resende, 2013a. Disponível em: <https://bit.ly/3k3y778>. Acesso em: 17 jul. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Regimento interno do CADE**. Brasília: CADE, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3kYtVXB>. Acesso em: 17 jul. 2020.

LOBÃO, Carla. Compromisso de cessação de prática: uma abordagem crítica do instituto. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v.8, n. 8, p. 87-98, 2001. Disponível em: <https://bit.ly/3oT1T21>. Acesso em: 15 ago. 2020.

MARRARA, Thiago. **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**: organização, acordos e processos administrativos. São Paulo: Atlas, 2015.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a lei 9.874/1999. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual**: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PASSOS, Fernando. Artigo 58: do compromisso de desempenho. In: COSTA, Marcos da et al. (org.). **Direito concorrencial**: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

SALLER, Michael. **Europäische und Deutsche Fusionskontrolle beim Pay-TV unter besonderer Berücksichtigung von Zusagen**. Berna: Stämpfli, 2004.

SCHIRATO, Victor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. **Revista Brasileira de Direito Público**, [S. l.], n. 27, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011. Disponível em: <https://bit.ly/34RjDmG>. Acesso em: 17 jul. 2020.

VILLARES, Andréa Lúcia Nazário. **Instrumentos jurídicos consensuais para proteção à concorrência**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/34UaQQL>. Acesso em: 10 jul. 2020.