

## OpiniÃ£o: Combinando acordos de leniÃancia com os second best

Os acordos de leniÃancia antitruste e os termos de compromisso de cessatÃo antitruste (TCCs) [1], previstos na Lei n 12.529/2011, "*representam os principais pilares da persecuÃo pblica aos cartis no Brasil*" [2]. Ambos possuem requisitos prprios, so negociados em momentos e em fases especficas, bem como resultam em diferentes benefcios às pessoas fsicas e/ou jurdicas colaboradoras. A combinao entre ambos os instrumentos representa a pipoca com guaran no antitruste brasileiro,



Desde 2000, quando foi inserido na legislao brasileira, e

at o ano de 2020, foram celebrados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econmica (Cade) 101 acordos de leniÃancia Antitruste (sendo 76 entre 2012 e 2019) [3]. Quanto aos TCCs, segundo dados consolidados pelo Cade no documento de trabalho "TCC na Lei 12.529/2011" [4], foram 349 celebrados entre 2012 e 2019.

A premissa bsica dos acordos de leniÃancia  a de que seus signatrios confessem e colaborem com as investigaes [5], trazendo informaes e documentos que permitam à autoridade identificar os demais coautores e comprovar a infrao noticiada ou sob investigao [6]. Os requisitos para sua assinatura so elencados nos artigos 86 da Lei n 12.529/2011 e 197 do Regimento Interno do Cade (RICade), segundo os quais  necessrio que: 1) a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infrao noticiada ou sob investigao ("primazia"); 2) a empresa e/ou pessoa fsica cesse sua participao na infrao noticiada ou sob investigao; 3) no momento da propositura do acordo, a superintendncia-geral no disponha de provas suficientes para assegurar a condenao da empresa e/ou da pessoa fsica; 4) "confisso" — a empresa e/ou pessoa fsica confesse sua participao no ilcito; 5) — a empresa e/ou pessoa fsica coopere plena e permanentemente com a investigao e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitado, a todos os atos processuais, at a deciso final sobre a infrao noticiada proferida pelo Cade; e 6) da cooperao da empresa e/ou pessoa fsica resulte a identificao dos demais envolvidos na infrao e a obteno de informaes e documentos que comprovem a infrao noticiada ou sob investigao.

O TCC antitruste (artigo 85 da Lei nº 12.529/11 e nos artigos 178 a 195 do RICade), por seu turno, visa a coibir a conduta anticompetitiva sob investigação ou seus efeitos lesivos. Ao contrário do acordo de leniência antitruste, não se trata de instrumento de detecção de condutas, tendo em vista que pressupõe o conhecimento prévio da infração ou que o Cade detenha provas suficientes da conduta ilícita, seja pela existência de um acordo de leniência anterior, seja por outros meios de investigação. Trata-se, assim, de um acordo do tipo *second best*. Sua celebração está sujeita ao juízo discricionário, de conveniência e oportunidade, da autoridade antitruste, que pode rejeitar a proposta mesmo se preenchidos todos os requisitos.

Para os TCCs antitruste, em geral, são exigidos dois requisitos: 1) obrigação de não praticar a conduta investigada ou agir de forma a gerar os seus efeitos lesivos; e 2) pagamento de multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas. Três outros requisitos são adicionados caso o TCC seja proposto no âmbito de investigações de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes (como é caso de cartel); 3) colaboração com a instrução processual; 4) reconhecimento de participação na conduta investigada; e 5) pagamento de contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos. Ainda é possível que haja exigências específicas para alguns TCCs, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto.

Os TCCs antitruste podem contribuir para a investigação, a depender do momento de sua propositura, que pode ocorrer tanto na SG quanto no tribunal do Cade. A esse respeito, o documento de trabalho Cade "TCC na Lei 12.529/2011" [\[7\]](#), que analisou 349 TCCs celebrados entre 2012 e 2019, evidencia que os TCCs ocorrem, principalmente, quando o processo principal ainda tramita na SG/Cade (65% dos casos, ou 226 TCCs), e menos quando o processo já foi remetido ao tribunal (35% dos casos, ou 123 TCCs). Athayde e Fonseca apontam que, em razão da possibilidade de celebração em diferentes momentos da instrução processual e com diferentes autoridades (superintendência-geral ou tribunal), os TCCs em casos de cartel "*possuem finalidade híbrida*": ora de meio de obtenção de prova, quando firmados com a SG/Cade, diante da exigência de colaboração com a autoridade antitruste, ou quando firmados com o tribunal, se houver colaboração; ora de pacto de ajustamento de conduta, quando firmados com o tribunal e não houver colaboração [\[8\]](#).

Quanto aos benefícios, o acordo de leniência antitruste oferece benefícios tanto administrativos quanto criminais (artigo 86, §4º, c/c artigo 87 da Lei nº 12.529/2011), tratando-se de instrumento disponível apenas ao primeiro agente infrator a reportar a conduta anticoncorrencial ao Cade (artigo 86, §1º, I). O TCC, por sua vez, é acessível a todos os demais investigados na conduta anticompetitiva (artigo 85), gerando benefícios na seara administrativa, mas sem benefícios automáticos na seara criminal. Para tanto, é necessária cooperação interinstitucional entre o Cade e o Ministério Público, com a celebração de eventuais acordos em paralelo.

Por oferecerem melhores benefícios, os acordos de leniência antitruste possuem requisitos mais rígidos que os dos TCCs antitruste, tais como a confissão de participação no ilícito e a ausência de provas suficientes contra o proponente da colaboração no momento da propositura do acordo. Os acordos de leniência, em razão do requisito da primazia, geram uma espécie de "corrida" entre os participantes da conduta anticompetitiva, enquanto os TCCs podem ser celebrados até após concluída a instrução do processo administrativo — a "corrida", nesse caso, será para obter melhores descontos na contribuição pecuniária, já que não há óbice para a celebração de TCC com mais de um, ou até mesmo com todos, os participantes da conduta investigada. Ainda, os TCCs, especificamente aqueles firmados em investigações de cartéis, obrigam ao pagamento de contribuição pecuniária pelo colaborador, além de estarem sujeitos ao juízo de conveniência e oportunidade do Cade. Os TCCs, portanto, são considerados acordos do tipo *second best*, já que concedem benefícios significativamente inferiores aos seus compromissários, justamente com a finalidade de manter a atratividade do primeiro que procura a autoridade antitruste.

Apesar de serem instrumentos distintos, a celebração de um acordo de leniência pode ser observada como elemento catalizador da celebração de TCCs antitruste, como afirma Craveiro [9], para quem *"a assinatura de TCCs é considerada um efeito esperado e benéfico dos acordos de leniência"*. Ainda segundo a autora, *"acordos (de leniência) mais robustos tendem a gerar mais condenações e, como decorrência, também mais Termos de Compromisso de Cessação (TCC)"*.

Essa conclusão também pode ser extraída da pesquisa de Chíxaro [10]. A partir de pesquisa empírica com os 60 processos administrativos instaurados entre 2015 e 2019 para apurar infrações relacionadas a cartéis, o autor constatou que 36 foram decorrentes da celebração de acordos de leniência (60%), ao passo que outros 24 originaram-se de outras formas (denúncias, apurações *ex officio* etc.) — 40%. Entre esses 60 processos administrativos, constatou-se que em 39 houve a celebração de TCCs antitruste. Desses 39 processos em que se celebrou TCCs, em 31 havia acordo de leniência anterior (81,5%) e em oito, apenas, não havia acordo de leniência (18,5%). De acordo com esses dados, em apenas cinco (13,9%) dos 36 processos administrativos decorrentes de acordo de leniência não foi celebrado nenhum TCC. Assim, há indicativos de que: 1) os TCCs são mais presentes em processos originados por acordos de leniência do que por outros meios; e 2) entre os processos instaurados em decorrência de acordos de leniência, há mais casos com TCCs celebrados do que casos sem nenhum TCC. O mesmo autor aponta que, dos 59 acordos de leniência antitruste celebrados entre 2015 e 2019, 26 (44%) propiciaram a celebração de, pelo menos, um TCC posterior.

Diante do exposto, é possível concluir que os acordos de leniência antitruste criam ambiente favorável para a negociação e celebração de TCCs antitruste, que são acordos do tipo *second best* no direito concorrencial brasileiro. Assim, acordos de leniência e TCCs antitruste são importantes ferramentas da política de combate a cartéis não só quando considerados isoladamente, mas também quando apreciados pelo prisma de sua interrelação, evidenciando, com dados empíricos, a hipótese inicial deste trabalho de que a combinação entre os instrumentos representa a pipoca com guaraná no antitruste brasileiro.

Essa constatação no contexto antitruste mostra-se relevante diante da sua possível replicação para outras searas do Direito brasileiro, diante da comparação entre os acordos de leniência e os acordos do tipo *second best* em suas respectivas legislações [11]. No Sistema Financeiro Nacional, há previsão de que o Banco Central (BC) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) podem celebrar acordo administrativo em processo de supervisão (artigo 30 da Lei nº 13.506/2017) e termo de compromisso (artigo 11 da Lei nº 13.506/2017 e artigo 11, §5º, da Lei nº 6.385/1976). Na prática, entretanto, somente foram celebrados termos de compromisso. Já na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), pode-se celebrar apenas acordo de leniência, sem a existência de instrumentos de acordo do tipo *second best*. A experiência empírica do Cade evidencia que a existência simultânea desses dois tipos de acordos cria uma combinação ótima para a persecução de ilícitos na seara antitruste, de modo que a replicação desse modelo de incentivos para outras áreas, com as devidas adaptações para que se amoldem à especificidade de cada matéria, pode ser útil à persecução pública de ilícitos, servindo também para consolidar e fortalecer os respectivos programas de leniência existentes.

[1] Acordo de leniência é o acordo celebrado entre uma autoridade pública investigadora e um agente privado (seja este uma pessoa jurídica ou física), por meio do qual a autoridade concede a extinção ou o abrandamento da penalidade aplicável ao agente, recebendo em troca provas e a colaboração material e processual ao longo das investigações. O Programa de Leniência, por sua vez, consiste no arcabouço jurídico que provê incentivos da autoridade pública investigadora para que os agentes privados a procurem para a negociação dos referidos Acordos de Leniência. ATHAYDE, Amanda. Manual dos Acordos de Leniência no Brasil Teoria e Prática. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

[2] ATHAYDE, Amanda; FIDELIS, Andressa. Discovery, Leniência, TCC e persecução privada a cartéis: too much of a good thing?. Revista do Ibrac, 2016; Vol. 22. pp. 89-116.

[3] CADE. <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/programa-de-leniencia/estatisticas/estatisticas-do-programa-de-leniencia-do-cade>

[4] CADE. Documento de Trabalho "TCC na Lei 12.529/2011". Fev. 2021. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.52911/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.52911/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.52911/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.52911.pdf>>. Acesso em: 08 Mar. 2021. Consultora Pnud no Cade Carolina Saito.



[5] "The challenge in attacking hard-core cartels is to penetrate their cloak of secrecy. To encourage a member of a cartel to confess and implicate its co-conspirators with first-hand, direct 'insider' evidence about their clandestine meetings and communications, an enforcement agency may promise a smaller fine, shorter sentence, less restrictive order, or complete amnesty" (OCDE. *Fighting hard core cartels* : harm, effective sanctions and leniency programmes. Paris: OCDE, 2002. Disponível em: < <http://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2018).

[6] Para mais informações acerca das características de um Programa de Leniência eficiente e efetivo, ver: ICN. *Checklist for efficient and effective leniency programmes*. ICN, 2017. Disponível em: < <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/leniency-program-checklist/>>. Acesso em: 17 jul. 2020.

[7] CADE. Documento de Trabalho "TCC na Lei 12.529/2011". Fev. 2021. Disponível em: < <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.52911/TCC%20na%20Lei%20n%C2%B11.pdf>>. Acesso em: 08 Mar. 2021. Consultora Pnud no Cade Carolina Saito.

[8] ATHAYDE, Amanda; FONSECA, Marco Antonio. TCCs em casos de cartel no CADE: meios de obtenção de prova ou pactos de ajustamento de conduta? Portal Jota, 24 dezembro 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/tccs-em-casos-de-cartel-no-cade-24122020>. Acesso em: 11 abr. 2021.

[9] Craveiro, Priscila. Uma régua na Leniência Antitruste: as taxas de sucesso e de declaração de cumprimento como medidas de efetividade do Programa de Leniência do Cade. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Brasília, setembro de 2020. No prelo.

[10] CHÍXARO, Fernando Martins. Os Acordos depois do Acordo: Da comparação entre Termos de Cessação Conduta homologados no Cade em processo com e sem Acordos de Leniência, entre de 2015 a 2019. Trabalho de Conclusão da Pós Graduação na FGV. Dezembro 2020.

[11] Para maiores informações a respeito dos demais Acordos de Leniência no Brasil e seus respectivos acordos *second best*, sugere-se ATHAYDE, Amanda. Manual dos Acordos de Leniência no Brasil Teoria e Prática. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.