

X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

ADRIANA GOULART DE SENA ORSINI

EDILENE LÔBO

CONCEPCIÓN SAIZ GARCÍA

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch – UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

F724

Formas consensuais de solução de conflitos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/2020

Coordenadores: Adriana Goulart de Sena Orsini; Edilene Lôbo; Concepción Saiz García – Florianópolis: CONPEDI, 2020 /
Valência: Tirant lo blanch, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-021-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Crise do Estado Social

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. X Encontro Internacional do CONPEDI Valência – Espanha (10:2019 :Valência, Espanha).

CDU: 34

X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Formas Consensuais de Solução de Conflitos I durante o X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, realizado em VALÊNCIA, ESPANHA, de 04 a 06 de setembro de 2019, convocado para o necessário debate sobre CRISE DO ESTADO SOCIAL, realizado em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade de Valência, Mestrado Profissional em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí e outros importantes parceiros e apoiadores que engrandeceram o evento.

Compondo o livro que se apresenta ao público, os artigos foram defendidos de forma brilhante, após rigorosa e disputada seleção, em profícuo diálogo entre os pesquisadores e as pesquisadoras, permitindo a exposição de importantes ofertas teóricas e práticas, igualmente possibilitando conferir o vigor da pesquisa nos variados programas de pós-graduação do Brasil, representados, na oportunidade.

É com especial alegria que afirmamos que os trabalhos apresentados são de extrema relevância para a pesquisa em direito, demonstram notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, encaminhados em uma perspectiva contemporânea das Formas de Solução de Conflitos.

De fato, a teoria do Acesso à Justiça, bem como a sua aplicação, especialmente aquela orientada à efetividade dos direitos fundamentais e a materialização da Justiça, fortalece o desenvolvimento e a construção de uma sociedade mais justa e menos desigual.

Exatamente nessa linha, abrindo os trabalhos, a Professora Juliana Oliveira Domingues, do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo, juntamente com a Mestranda Rhasmye El Rafith, apresentaram o artigo sobre CONSENSUALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA NO ANTITRUSTE: REFLEXÕES SOBRE OS ACORDOS ENVOLVENDO CARTÉIS. Ao desenvolverem o assunto destacaram a consensualização administrativa como importante movimento de promoção da consensualidade e da cessação de práticas ilícitas, enfatizando os acordos antitruste no processo administrativo sancionador, nas modalidades que ensejaram a pesquisa. Ao

explorarem o tema apresentaram também as características de cada técnica, registrando que os acordos de leniência e os termos de compromisso de cessação, embora devessem manter características distintas, a par do quanto consta no Regimento Interno do CADE, praticamente se confundem. Todavia, sem as vantagens do acordo de leniência, ao conferir rigor despropositado e desestimulante no termo de compromisso de cessação, exigindo do compromissário confissão e colaboração, essa normativa praticamente criou instituto híbrido. Ao final do trabalho concluíram que a sobreposição de acordos pode acabar esvaziando a finalidade dos instrumentos, gerando óbice à cooperação e a cessação da prática combatida, na contramão do movimento originário.

Com o tema DA RETÓRICA DA HARMONIA À PRÁTICA: UMA CRÍTICA ÀS DESIGUALDADES IGNORADA PELOS MÉTODOS DE ADR, a Mestranda Juliana Raineri Haddad, do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo, começou com reflexão histórica acerca dos métodos alternativos de composição de conflitos, passando pelos Estados Unidos da América e pela Inglaterra nas décadas de 50 e 60 do século passado, realçando a origem do movimento, em verdadeira contracultura à litigância - estimulando os indivíduos buscarem resolver seus próprios problemas, sem o paternalismo estatal. Igualmente explorou o desenvolvimento do assunto no Brasil, observando o CPC de 1973, no qual já havia algo nesse sentido, mas, anotou que a verdadeira eclosão do tema se dá com a Constituição de 1988, seguida, quase trinta anos depois, pelo CPC de 2015. Nesse ponto indagou se, realmente, em todos os casos, é possível a formação do consenso, quando destacou que há situações em que não se deve negociar, pontuando a crítica sobre a desigualdade entre os sujeitos do acordo. Desigualdades que disse ser representadas pelas diferenças de status, de recursos, expectativa de recompensa, situações de depressão, perda de autoestima e medo da conquista que envolvem as mulheres em conflitos familiares, por exemplo, e que muitas vezes não são detectadas pelos mediadores. Assim, a proposta da autora é que haja novo foco crítico nesses, para o combate às diferenças hierárquicas entre homens e mulheres nesse contexto.

Bianca Prediger Sawicki, Mestranda do Programa de Pós-Graduação da UNIJUÍ, trouxe sua pesquisa intitulada JUSTIÇA RESTAURATIVA SISTÊMICA: O DIREITO DE PERTENCER, explorando o direito de pertencer, para que os envolvidos nos conflitos sejam reconhecidos como parte, discorrendo sobre justiça restaurativa sistêmica. Ela que também é juíza no Estado do Rio Grande do Sul, aproveitando sua experiência prática, realizou exposição com retrospectiva histórica sobre a teoria geral dos sistemas, explorando o pensamento de Ludwig Von Bertalanffy, Humberto Maturana, Fritjof Capra e Hugo Matei, destacando a necessidade de se repensar posturas na solução dos conflitos, a par desses ensinamentos, utilizando o pensamento sistêmico para a condução e transformação dos

impasses que envolvam o direito de pertencer. A autora defendeu, basicamente, o uso da técnica das constelações familiares e outras práticas restaurativas criativas de processos circulares, para construção da cultura da paz.

A seu turno, Pablo Lemos Carlos Sant'Anna, da Universidade Veiga de Almeida, do Rio de Janeiro, discorreu sobre O CONVÊNIO COMO UMA FORMA CONSENSUAL DE ADMINISTRAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE, refletindo sobre estudo de caso envolvendo ajuste firmado entre o Município de São Gonçalo e a Defensoria Pública Estadual do Rio de Janeiro. Após debruçar sobre importantes iniciativas para a aplicação de métodos consensuais de conflitos, o autor concluiu que a hipertrofiada cultura jurídica assentada no discurso da reserva do possível, tanto no âmbito judicial como no extrajudicial, praticamente impede a efetivação de medidas como a observada. E ainda que dada a natureza jurídica do convênio, mais próximo do contrato administrativo, associada ao desinteresse em desjudicializar as demandas atinentes aos serviços público de saúde, o termo não se revela hábil ao fim colimado.

Por fim, o Professor Ricardo Soares Stersi dos Santos, da Universidade Federal de Santa Catarina apresentou o trabalho realizado com sua colega, a Professora

Adriana Silva Maillart, sobre O ENSINO E A PRÁTICA DAS FORMAS CONSENSUAIS: A EXPERIÊNCIA DE APRENDIZADO E DE UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO NÚCLEO DE PRÁTICAS JURÍDICAS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. Com riqueza de detalhes o Professor apresentou os aspectos práticos da utilização das formas consensuais de solução de controvérsias, especialmente da mediação, no Núcleo de Prática Jurídica do Curso de Direito daquela Universidade, integrado pelos alunos da 7ª fase. Criticando o que denominou cultura da sentença, perpassando dados estatísticos, anotou a importância do entrelaçamento dos ensinamentos teóricos obtidos em sala de aula e a atuação prática dos mediadores para a construção do pensamento conciliador. Explorando os obstáculos enfrentados no Núcleo de Mediação estudado, ressaltou, de modo enfático, a necessidade de ampliar a carga horária para a formação teórica dos alunos, de melhoria da estrutura física para propiciar melhores reuniões de mediação e oferecer mais conforto aos envolvidos, assim como de aumentar o número de professores supervisores com domínio técnico sobre a matéria - tudo para possibilitar a continuidade da formação da cultura do consenso.

Enfim, a presente obra coletiva demonstra uma visão lúcida e enriquecedora sobre as Formas de Solução de Conflitos, seus desafios, potencialidades e sutilezas, além do destaque para o acesso a Justiça, com o enfrentamento de questões estruturais no sistema processual, via de

consequência, das desigualdades, pelo que certamente será de vigorosa aceitação junto à comunidade acadêmica internacional.

Cumprimentando a todos os autores, esperamos que seja boa e proveitosa a leitura.

COORDENADORAS:

PROFESSORA DOUTORA ADRIANA GOULART DE SENA ORSINI – FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS.

PROFESSORA DOUTORA EDILENE LÔBO – FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE ITAÚNA

PROFESSORA DOUTORA CONCEPCIÓN SAIZ GARCÍA – FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE VALÊNCIA

CONSENSUALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA NO ANTITRUSTE: REFLEXÕES SOBRE OS ACORDOS ENVOLVENDO CARTÉIS

ADMINISTRATIVE CONSENSUALIZATION IN THE ANTITRUST: REFLECTIONS ON CARTELS AGREEMENTS

Rhasmye El Rafih ¹
Juliana Oliveira Domingues ²

Resumo

O presente artigo trata dos acordos antitruste no âmbito do processo administrativo sancionador referente à prática de cartéis. Por meio do método dedutivo-hipotético, após o resgate do conteúdo essencial do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação de prática, sustenta que são necessárias reflexões sobre duas imposições previstas para os compromissos de cessação: i) a responsabilização pela conduta e ii) a colaboração nas investigações. Com isso, pretende questionar em que medida essas obrigações se coadunam com as finalidades dessa modalidade de acordo e, ainda, os efeitos da consensualização no antitruste.

Palavras-chave: Consensualização administrativa, Processo sancionador, Acordo de leniência antitruste, Termo de compromisso de cessação de prática, Cartéis

Abstract/Resumen/Résumé

This essay presents the antitrust agreements in the context of the administrative consensualization of the sanctioning process related to the practice of cartels. Making use of deductive-hypothetical method, after the withdrawal of the essential content of the Leniency Agreement and the Termination Commitment Agreement, argues that some reflection about two impositions foreseen for the Commitment Termination Commitments is required: the accountability for the conduct and the collaboration in the investigations. With this, it intends to question the extent to which these obligations are in line with the purposes of this modality of agreement and the effects of consensualization in antitrust.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Administrative consensualization, Sanctioning process, Antitrust leniency agreement, Termination commitment agreement, Cartels

¹ Mestranda em Direito e Desenvolvimento pela FDRP-USP. Pós-graduada em Direito Econômico pela FDRP-USP. Pós-graduada em Ciências Criminais pela PUC-MG. Bacharel em Direito pela FCHS-UNESP. Advogada.

² Pós-doutora em Direito Econômico pela Georgetown University. Doutora em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFSC. Professora de Direito Econômico da FDRP-USP.

INTRODUÇÃO

A consensualização passou a ser mais utilizada pela Administração Pública no Brasil na década de 90, trazendo também ao gestor a possibilidade de firmar acordos. Essa mudança desafiou o modelo de ação administrativa tradicional então focado no ato administrativo como único instrumento juridicamente viável para o exercício de suas competências.

A decisão administrativa, permeada pelo paradigma da imperatividade, materializava-se como ato de autoridade, cuja conformação unilateral nem sempre se mostrava suficiente para satisfazer as finalidades públicas.

Esse foi o cenário propício para o surgimento do modelo consensual. Referido modelo tem ensejado uma releitura dos institutos fundantes do direito administrativo, como o ato administrativo e o princípio da supremacia do interesse público (PALMA, 2014, p. 145).

No âmbito regulatório, por seu turno, a geração de consensos destacou-se como fator de estabilização das decisões administrativas e neste artigo faremos um recorte específico dos TCCs (Termos de Compromisso de Cessação de prática).

As tensões entre regulador e regulado são comuns, especialmente quando há um processo administrativo sancionador. Os litígios deram relevo à criação de espaços de diálogo, afastando a morosidade que um processo pode levar e a intenção de encerrar demandas que são desgastantes e onerosas a todos os lados.

Longe de se afirmar que houve uma superação da administração unilateral clássica, entendemos que a consensualização é, em verdade, uma engrenagem rebuscada da gestão pública, que intenta diminuir a verticalização que marca a relação tradicional entre Estado e sociedade e imprimir celeridade à atividade da administração pública.

Com efeito, a esfera da defesa da concorrência torna-se espaço fértil para o fenômeno da consensualização. Entre os mecanismos que se alicerçam em formas bilaterais, estão os acordos antitruste: acordo em controle de concentração – ACC-, acordo de leniência – AL – e termo de compromisso de cessação de prática – TCC.

Assim, como objetos de exame científico, escolhemos, especificamente, o acordo de leniência e o termo de compromisso de cessação de prática no âmbito dos cartéis (TCC-cartel).

Assim, por intermédio de uma abordagem crítica-descritiva, ancorada pelo método dedutivo-hipotético, objetivamos compreender o papel desses acordos, seu conteúdo essencial, as zonas de intersecção e dispersão, para examinar suas especificidades no enfrentamento de

práticas concertadas e, na sequência, questionar em que medida se compatibilizam com o movimento da consensualização.

2. A CONSENSUALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA: VANTAGENS E POSSIBILIDADES DE TRANSACIONAR

Uma atividade de regulação satisfatória não prescinde das condutas dos regulados, razão pela qual a ação estatal tem se munido de mecanismos inéditos para tornar suas políticas efetivas e legítimas. E é dentro deste contexto que encontramos a consensualização.

Algumas distinções se farão necessárias nessa altura, notadamente pela proximidade dos termos consentimento, consenso, consensualidade e consensualização. Pois bem, consentimento é sinônimo de aceitação, enquanto consenso corresponde à aceitação recíproca ou acordo entre partes. Por sua vez, consensualidade denota o grau de consenso na gestão pública, já a consensualização representa o movimento de promoção da consensualidade por técnicas inéditas¹.

A atuação administrativa consensual pode ser tomada nas acepções amplíssima, ampla, estrita e restritíssima. Em *sentido amplíssimo*, denota qualquer tipo de ingerência privada na Administração Pública. Dito de outra forma, corresponde ao diálogo entre Administração e administrado, ainda que o ato deliberativo se concretize de modo imperativo e unilateral. A título de exemplo, citamos as audiências públicas e as consultas públicas (PALMA, 2014, p. 148).

No *sentido amplo*, materializa-se como qualquer acordo de vontades que envolva a Administração Pública, v.g. transações judiciais, acordos governamentais, contratos administrativos em geral, etc. Por seu turno, em *sentido estrito*, há uma limitação em relação ao âmbito do acordo de vontades envolvendo a Administração, que deve ser o administrativo, v.g. contratos de fomento, de concessão administrativa, de parceria público-privada, termos de parceria, etc. Em *sentido restritíssimo*, corresponde à concertação administrativa, como nas hipóteses em que a Administração Pública negocia a imposição unilateral de suas decisões no curso de um processo administrativo (PALMA, 2014, p. 149).

¹ Em termos outros, a consensualidade é o resultado da consensualização, a qual objetiva fomentar e intensificar a utilização de mecanismos de gestão que levam em consideração o consentimento privado na tomada de decisões administrativas. Cf. MARRARA, 2014, p. 40.

Essa espécie se subdivide em dois instrumentos consensuais: os acordos integrativos e os acordos substitutivos. No integrativo, também conhecido como endoprocedimental/preliminar, não é afastada a prerrogativa imperativa do exercício de negociação pelo gestor público, podendo-se sustentar que ele compõe a decisão administrativa. Nessa hipótese, tem-se que a negociação da prerrogativa imperativa da Administração implica em: a) condicionar o ato decisório de acordo com a obrigação consensual; b) trazer ao ato administrativo uma complementação consensual; c) substituir um ato específico do processo para adequar o provimento final (PALMA, 2015, p. 248).

Em sendo acordo integrado ao processo, que não determina sua terminação consensual, podemos citar, como exemplo, o acordo de leniência² que, como exporemos adiante, compatibiliza-se com a continuidade do processo administrativo.

No que concerne aos acordos substitutivos, há uma terminação consensual do processo vinculada ao cumprimento de obrigações avençadas. É uma verdadeira alternativa ao modelo clássico de atos administrativos imperativos e unilaterais, que se aloca no contexto dos processos administrativos sancionadores, com o escopo de: a) substituir a sanção administrativa do provimento final; b) impedir ou suspender o processo administrativo enquanto não cumpridas as obrigações ajustadas.

A proposta dessa modalidade de acordo pode ser apresentada pelo ente administrativo ou pelo particular. Na sequência, é feita a negociação que, caso seja frutífera, ensejará a celebração do acordo e, caso contrário, o prosseguimento do processo administrativo sancionador.

Para a formalização de uma acordo na modalidade de TCC, é preciso que sejam estabelecidas obrigações de fazer ou não fazer que, se cumpridas, culminarão no arquivamento do processo administrativo com ou sem assunção de culpa³ (exemplo clássico de acordo

² [...] tanto os acordos de leniência como os TCCs representam a inserção de uma nova cultura na esfera pública. As espécies de colaboração premiada refletem meios eficazes de coleta de provas as quais têm permitido a descoberta e repressão aos cartéis e crimes a eles relacionados. O TCC-ADR, à sua vez, representa estímulo à solução aberta e negociada. Tanto TCCs como TCC-ADRs são alternativas extremamente desafiadoras, principalmente na esfera do direito antitruste, pois pressupõem, ao mesmo tempo, a firmeza dos operadores públicos na defesa do direito de toda a coletividade (no caso do TCC) e a flexibilidade para garantir uma solução conciliatória, operacional e efetiva (no caso do TCC-ADRs). Cf. DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 357.

³ “[a] essa assunção de culpa no TCC não teria o mesmo efeito de uma confissão stricto sensu em matéria penal, mas, sim, de um mero pré-requisito à celebração de ato administrativo. Em outras palavras, estaria a assunção na participação dos fatos mais relacionada a um requisito formal do TCC no âmbito administrativo que um registro verdadeiro dos fatos, sobre os quais recai a norma penal. Is. Ibid. p. 354.

substitutivo é o compromisso de cessação de prática, que será objeto de análise nos tópicos a seguir).

2.1 AS VANTAGENS⁴ E POSSIBILIDADES DE TRANSACIONAR

Dentre as principais motivações para a celebração de acordo por agentes econômicos, além da possibilidade de extinção do processo administrativo a despeito de reconhecimento da ilicitude da conduta e da confissão da matéria de fato (oportunamente mencionaremos as exceções), há o afastamento da reincidência (a multa é geralmente majorada nesse hipótese) e a redução do comprometimento do custo reputacional (PALMA, 2014, p. 160). Inclusive, há hipóteses em que há uma relativização do dever de publicidade (artigo 85, §5º, Lei nº 12.529/2011).

Para a Administração Pública, as vantagens de transacionar são consideráveis também. Fato é que a consensualização é uma requintada técnica de gestão administrativa que aposta na participação de entes privados como forma de racionalizar, democratizar e legitimar suas decisões. Em virtude disso, tende a imprimir efetividade às tarefas dos entes administrativos.

Todavia, houve muitos questionamentos a respeito da compatibilidade dos mecanismos de consensualização com o princípio da supremacia do interesse público. Nesse ponto, compete-nos fazer 03 considerações: 1) o Estado Democrático de Direito deve harmonizar a pluralidade de interesses, não podendo desdenhar que o cidadão é destinatário do próprio ato administrativo; 2) a participação na formação do provimento administrativo afasta a ideia de que o interesse público se limita à vontade estatal, como um ente univocamente destacado do seio social; 3) é preciso fazer uma releitura desse princípio para considerar o ato consensual como lhe sendo inerente. Isso não quer dizer, por óbvio, que o interesse privado deva se

⁴ Em que pesem as vantagens, há diversas críticas à consensualização do poder sancionatório, notadamente no âmbito criminal. Conquanto não sejam objeto de nossa investigação, vale mencionar que há autores que entendem que esse modelo estimula um retrocesso processual, com o retorno do tarifamento de provas, em virtude da primazia da confissão, o que obstaculiza o integral exercício de defesa. Cf. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015, p. 144. Ademais, ao nosso ver, além da relativização de garantias fundamentais, possuem também uma coercibilidade inerente (v.g. o famoso dilema do prisioneiro), fruto do ambiente dissuasório de vigilância permanente que fomentam, o que é hábil, inclusive, a favorecer o *entrapment* entre players e, conseqüente, ensejar a utilização do Direito como domínio estratégico de mercado, compelindo a simetria entre os *players*. Cf. RAFIH, Rhasmye El. Algumas consequências da premiação patrimonial do *whistleblowing* no âmbito criminal e em programas de *compliance*: impactos inaugurais da Lei 13.608/2018. In: **Boletim do IBCCRIM**, v. 309, 2018.

sobrepôr ao público, mas significa sustentar que aquele não deve ser de todo desconsiderado. Por fim, é importante dizer que o conceito de interesse público costuma ser objeto de discussão em todas as esferas da administração pública e seu entendimento varia de acordo com os valores e crenças das políticas governamentais adotadas.

A consensualização nada mais é que uma nova ferramenta que vem sendo utilizada em um contexto em que o desenvolvimento tecnológico e a velocidade da informação procuram adequar as tarefas administrativas a padrões de eficiência e efetividade. Com isso, a decisão administrativa tenderia se tornar mais econômica do ponto de vista temporal e de custo, acarretando uma decisão negociada que se coadunaria com as novas conformações da realidade social.⁵

Outro questionamento suscitado em relação à Administração consensual, considerando seu aspecto restritíssimo, diz respeito à disponibilidade da competência sancionadora do Estado. Há uma limitação da discricionariedade sobre a via punitiva, porquanto é vedada a renúncia sobre o poder e a competência estatal, salvo autorização em lei, conforme disposto no artigo 2º, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 9.784/99.

Nesse sentido, grande controvérsia havia, *v.g.*, quanto à necessidade de previsão legal dos termos de compromisso de cessação de prática (TCC's). No plano do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, há expressa previsão legal do TCC no bojo do artigo 85, da Lei nº 12.529/2011.

Em abril de 2018 houve a promulgação da Lei nº 13.655, que incluiu o artigo 26 na Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), prevendo que a Autoridade Administrativa poderá celebrar compromisso:

Art. 26. Para **eliminar irregularidade**, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a **autoridade administrativa PODERÁ**, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, **celebrar compromisso** com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. [g.n.].

⁵ Não se pode aventar que há uma efetividade e celeridade automática na consensualização. Nos termos de compromissos de cessação de práticas firmados junto ao CADE, *v.g.*, a possibilidade de celebração inclusive nas fases de preparação do julgamento (a limitação temporal foi vetada na Lei nº 12.529/2011) faz com que agentes econômicos tenham uma oportunidade de sopesar, com mais vagar, a utilidade do acordo. Quanto mais adiantada a instrução, melhor será a avaliação de risco (análise de custo-benefício) da assunção do compromisso, levando o potencial compromissário a aguardar fases mais adiantadas para a proposição, em detrimento da cessação da conduta/efeitos lesivos. Para tentar reverter esse quadro, o Regimento Interno do CADE prevê, em seu artigo 227, a redução da multa esperada de acordo com o momento de requerimento do TCC, sendo que quanto mais cedo o fizer, maior será o benefício do agente econômico. No que atine aos demais acordos no âmbito da consensualização, é fato que a mera celebração não assegura o cumprimento das obrigações. Por isso, as vantagens mencionadas não são absolutas, tampouco é a consensualização imune a críticas.

Ao facultar a celebração do compromisso para eliminar irregularidades, após análise do órgão jurídico e presente interesse geral, parece-nos que o legislador deu discricionariedade ao poder sancionador da Administração Pública. Essa disposição prevê, no mais, que seja observada a legislação aplicável, que tratará o acordo com mais especificidade.

Não obstante, nos incisos do §1º, do aludido dispositivo, foram inseridas algumas limitações à celebração do compromisso, quais sejam: a) deverá buscar solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; b) não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; c) deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

Para quem acredita ser a consensualização incompatível com o interesse público, o dispositivo a consagra como componente de uma esfera alargada de interesses (o *interesse geral*), acrescentando o interesse privado às finalidades estatais.

Essa constatação é reforçada pela previsão de uma *solução equânime*, que evidencia a flexibilização da imperatividade e unilateralidade dos atos administrativos, em uma verdadeira reinterpretação do princípio da supremacia do interesse público.

A indisponibilidade do interesse público encontrou guarida quando da vedação à desoneração permanente de dever ou condicionamento de direitos reconhecidos. Entretanto, há uma abertura semântica ao se interpretar o que seria esse *dever ou condicionamento de direito reconhecido por orientação geral*.

Não podemos olvidar que a sociedade contemporânea tem testemunhado a criação de novos espaços de interesse jurídico e uma reformulação constante de diversos institutos, o que pode redundar em um desafio hermenêutico para compreensão do dispositivo.

A despeito dessa discussão, que não se encontra dentre os escopos deste artigo, de se perceber que o legislador se preocupou em delinear o “núcleo duro” dos termos de compromisso, inclusive no que atine às obrigações, prazos e sanções, dando pistas da compatibilização do Direito Administrativo com a realidade social.

3. O PAPEL DOS ACORDOS ANTITRUSTE NA CONSENSUALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DO PROCESSO SANCIONADOR

Na Lei nº 12.529/2011 há três tipos de acordo entre a Administração Pública e os agentes econômicos, são eles: acordos em controle de concentrações (artigos 9º, inciso V, 13, inciso X e 46, §2º), compromisso de cessação de prática (artigo 85) e acordo de leniência (artigo 86). Voltaremos a nossa atenção à consensualização do poder sancionatório, o que nos leva a examinar o compromisso de cessação de prática e o acordo de leniência.

Como salientamos previamente, as infrações contra a ordem econômica têm ficado cada vez mais complexas, reticularizadas e sofisticadas, dificultando as atividades instrutórias do Estado e aumentando os custos operacionais.

Portanto, a Administração Pública se viu compelida a reformular a política de enfrentamento de infrações, desenvolvendo novas técnicas para atingir um grau satisfatório de dissuasão, marcadamente pela reinvenção dos meios persecutórios e fiscalizatórios tradicionais. Em virtude disso, uma opção utilitarista de negociação passou a compor a agenda de diversas agências reguladoras e autoridades.

3.1 REFLEXÕES SOBRE O ACORDO DE LENIÊNCIA E SOBRE O TCC

A consensualização administrativa no processo sancionador da esfera da defesa da concorrência é marcada, como salientamos, pelo compromisso de cessação de prática e pelo acordo leniência. Ocorre que esses institutos, aparentemente tão distintos, têm adquirido feições muito semelhantes, o que tem beneficiado a Administração Pública na formatação de novas estratégias para enfrentamento de infrações administrativas.

O acordo de leniência é um ajuste entre o ente estatal e um agente econômico (pessoa física ou jurídica) confesso que, para garantir um pacote de benefícios, colabora com a Autoridade Administrativa para a obtenção de provas tendentes a dismantelar infrações contra a ordem econômica. A rigor, é um acordo integrativo, pois precede o ato final do processo administrativo e visa definir parte do conteúdo dessa decisão.

Especificamente, é um negócio jurídico celebrado entre o Superintendente-Geral do CADE e o agente infrator, do qual decorre a isenção de sanções ou aplicação de penas com menor severidade em função do auxílio voluntário e efetivo desse (DOMINGUES; GABAN; MIELE, 2018, p. 242).

Em outros termos, trata-se de alternativa cujo objetivo precípua é potencializar a instabilidade inerente aos sofisticados esquemas ilícitos, notadamente relacionados aos *white*

collar crimes, propiciando o seu desmantelamento e a coleta de provas (DOMINGUES; GABAN; MIELE, 2018, p. 240).

A colaboração do suposto infrator deve resultar na identificação dos demais envolvidos na prática (artigo 86, inciso I, Lei nº 12.529/2011), fazendo com que o acordo somente seja celebrado havendo pluralidade de agentes, devendo ser proposto até a conclusão da instrução do processo administrativo.

Na avença, há uma negociação de obrigações recíprocas entre o ente público e o particular, sendo que esse assume os riscos oriundos da confissão e da colaboração com o Estado nas funções repressivas, a qual deverá redundar na obtenção de informações e documentos que comprovem a infração (artigo 86, inciso II, Lei nº 12.529/2011). Em contrapartida, o Leniente (Autoridade Administrativa) deverá extinguir a punibilidade do particular ou reduzir a penalidade de 1 (um) a 2/3 (dois terços):

[...] o Estado e o delator, que em troca de informações viabilizadoras da instauração, da celeridade e da melhor fundamentação do processo, possibilita um abrandamento ou extinção da sanção em que este incorreria, em virtude de haver também participado na conduta ilegal denunciada” (RODAS; OLVEIRA; 2004, p. 253).

A leniência é marcada também por benefícios de feição criminal⁶, especificamente nas condutas delitivas em detrimento da ordem econômica (Lei nº 8.137/90), em face da administração pública no bojo da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) e de associação criminosa (artigo 288 do Código Penal). Nessas hipóteses, o acordo suspende a prescrição e obsta o oferecimento da denúncia em desfavor do beneficiário da leniência. Ademais, uma vez cumpridas as obrigações, há a extinção de punibilidade penal (artigo 87, parágrafo único, da Lei nº 12.529/2011).

Quando o colaborador for pessoa jurídica, os benefícios poderão ser estendidos às empresas do grupo, administradores, diretores e funcionários que tenha participação no ilícito,

⁶ A possibilidade do CADE decidir em matéria criminal via acordo de leniência deu azo a questionamentos acerca da constitucionalidade do instituto. Não obstante, para viabilizar a estratégia de implementação do Programa de Leniência Antitruste, o CADE passou a coordenar esforços com os Ministérios Públicos. Dentre os acordos de cooperação, citamos o Memorando de entendimento nº 1/2016, chancelado junto ao Grupo de Combate a Cartéis da Procuradoria da República de São Paulo, que destacou a relevância da cooperação e coordenação entre as instituições, de modo a permitir a definição de parâmetros consistentes entre os institutos administrativos e penais nas investigações de infrações contra a ordem econômica. DOMINGUES, Juliana O.; GABAN, E. M.; MIELE, A. F. **"Delatar é Preciso, punir não é preciso" - aspectos essenciais dos institutos que inovaram os processos sancionadores no Brasil** In: Colaboração Premiada - novas perspectivas para o sistema jurídico-penal.1 Belo Horizonte: D'Placido, 2018, p. 247-248.

os quais deverão celebrar o ajuste em conjunto, bem como colaborarem com as investigações (DOMINGUES; GABAN; MIELE, 2018, p. 244).

Ainda, há a particularidade da regra do “*first come, first serve*”, pela qual a celebração do ajuste apenas ocorrerá, em relação à pessoa jurídica, se essa for a primeira a ser qualificar. Outros requisitos são que a empresa cesse a prática da infração e que a Superintendência-Geral não possua provas suficientes para assegurar a condenação do infrator.

Caso o particular não logre êxito na celebração do acordo, poderá celebrar acordo de leniência relacionado a outra infração, que não seja do conhecimento da Autoridade concorrencial (artigo 86, § 7º, da Lei nº 12.529/2011). Nessa hipótese, cunhada de leniência *plus*, haverá os seguintes benefícios: a) no que tange ao primeiro processo, imunidade penal e redução da multa administrativa; b) quanto ao segundo, imunidade administrativa e penal.

Enquanto a leniência comum resulta em benefícios apenas em relação a uma infração, a *plus* atinge ambas, sendo que na segunda a Administração renuncia por completo a sua pretensão punitiva. No Compromisso de cessação de prática, ao contrário do sugerido pelo *nomen juris*, não basta a cessação da prática, importando, em verdade, a cessação dos efeitos negativos dela.

Em virtude disso, o particular (pessoa física ou jurídica) deve cessar a conduta ou mesmo alterar o comportamento de modo que cessem seus efeitos deletérios. Ou seja, um verdadeiro acordo substitutivo, também inserido no âmbito da consensualidade em sentido restritíssimo, que importa na terminação consensual do procedimento/processo administrativo, mediante o cumprimento das obrigações pactuadas. Em termos outros, corresponde a uma alternativa à formalização da ação administrativa em atos imperativos e unilaterais, culminando na renúncia da pretensão punitiva.

Assim como o acordo de leniência, esse instituto jurídico está associado a estimular a iniciativa colaborativa em contrapartida a uma sanção premial (DOMINGUES; GABAN; MIELE, 2018, p. 242). Esse meio alternativo de solução de conflitos, por tratar de direitos transindividuais postos em risco pela conduta anticompetitiva, não deve ser celebrado sob a perspectiva e interesse exclusivo do compromissário (DOMINGUES; GABAN; 2016, p. 266).

O termo de compromisso de cessação deve compreender uma cessação da prática suficiente para resguardar a ordem econômica, prazo e obrigações razoáveis e obrigações proporcionais.

Regra geral, não importa em confissão e, tampouco, em colaboração nas funções estatais repressivas; por outro lado, também não concede benefícios de ordem criminal. Além disso, é possível que mais de um acusado tome a iniciativa de negociação do acordo.

Na Lei nº 8.884/94, havia previsão de que o momento para a apresentação de proposta da minuta fosse até a conclusão da instrução, tendo sido essa limitação temporal vetada na redação da Lei nº 11.529/2011. Desta feita, entende-se ser possível que sua proposição ocorra até a fase de preparação de julgamento ou em fase de instrução complementar.

Outras particularidades trazidas pela Lei n 11.529/2011 foram: a) a regra de propositura única (art. 85, §4º); b) a proibição expressa de suspensão do processo em fase de negociação (art. 85, §6º); c) Caráter público da avença (art. 85, §7º); d) a obrigatoriedade de indeferimento da proposta quando houver impasse (art. 85, §13); e f) a possibilidade expressa de participação, na negociação, de terceiros titulares de direitos ou interesses que possam ser afetados, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresas pública, fundações e sociedades de economia mista (art. 85, §15).

Para melhor elucidar as zonas de intersecção e dispersão dos institutos, optamos por formular uma tabela:

AL	TCC
Consensualidade em sentido restritíssimo	Consensualidade em sentido restritíssimo
Acordo integrativo	Acordo substitutivo
Não suspende o procedimento/processo administrativo	Suspende e arquivava o procedimento/processo administrativo
Administração não renuncia por completo a pretensão punitiva (salvo <i>leniência plus</i>)	Administração renuncia a pretensão
Cessaçao da prática	Cessaçao dos efeitos lesivos

Confissão	Regra geral, não é necessário confessar
Cooperação nas investigações/processo administrativo	Regra geral, não precisa cooperar nas investigações/processo administrativo
Infração plurissubjetiva	Infração unissubjetiva (um ou mais agentes)
<i>First come, first serve</i>	Mais de um acusado pode acordar
Proposta até a conclusão da instrução	Proposta até a fase de preparação do julgamento/instrução complementar
Extinção da punibilidade/ diminuição das sanções	———
Há benefícios penais	Não há benefícios penais

Tabela 1: Zonas de intersecção e dispersão do AL e do TCC.

Feitas essas considerações, cujo escopo é apenas rememorar pontos indispensáveis dos institutos, passaremos a algumas reflexões a respeito da feição que o Termo de Compromisso de Cessação de Prática passou a ter no âmbito das condutas concertadas.

3.2 PECULIARIDADES NO ENFRENTAMENTO DE CARTÉIS: A FORMULAÇÃO DE UM MECANISMO HÍBRIDO

A persecução pública (*public enforcement*) aos cartéis no Brasil é principalmente escorada nos acordos de leniência e termos de compromisso de cessação (TCC-cartel)⁷. Sem embargo, no bojo dessas infrações administrativas, há algumas peculiaridades em relação ao último acordo que, ao que tudo indica, revelam uma considerável proximidade com a leniência.

Antes de adentrarmos nessa “zona cinzenta” entre os dois ajustes, vale ressaltar que em caso de cartéis, além das obrigações ajustadas entre as partes, incluindo a cessação dos efeitos

⁷ Veja-se: DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo M. **(R)evolução das investigações de cartel à luz dos acordos de leniência e das buscas e apreensões**. In. CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto. *Evolução do Antitruste no Brasil*. Ed. Singular: São Paulo, 2018, p. 1289-1304.

lesivos, é também prevista uma contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD), que será estabelecida durante o processo de negociação e que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no artigo 37, da Lei 12.529/2011 (artigo 85, §1º, III, da Lei nº 12.529/85 c/c artigo 224 do RICADE).

No mais, as peculiaridades medulares do TCC-cartel são: a) a previsão de que a minuta contenha reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário (artigo 225, RICADE); e b) a disposição no sentido de que haja colaboração do compromissário na instrução processual (artigo 226, RICADE).

Parece-nos que essas duas previsões do Regimento Interno do CADE imiscuem, em demasia, os dois acordos antitruste, criando uma espécie de instituto híbrido. Explicamos.

Como demonstramos no tópico anterior, o acordo de leniência observa, para pessoas jurídicas, a regra do *first come, first serve*, enquanto o TCC não. Nesse sentido, a empresa interessada em celebrar a leniência, mas que não se qualifique em primeiro lugar, terá a possibilidade de firmar um TCC. Não obstante, haverá uma desvantagem em relação aos TCC's oriundos de práticas distintas do cartel, pois neles não há o dever de confissão e colaboração.

Quer dizer, o compromissário terá *deveres* iguais aos do acordo de leniência, sem contar com o pacote de *benefícios* que ele traz. Aliás, os deveres serão ainda agravados se somados a outro típico do TCC-cartel: o recolhimento de valor pecuniário ao FDD⁸.

Não bastasse, considerando a necessidade de confessar a conduta sem que haja imunidade penal para tanto, caso não seja possível firmar uma leniência *plus*, o compromissário poderá, além do contumaz risco da esfera cível, ser responsabilizado também criminalmente⁹.

Para se “precaver”, poderá celebrar acordo de colaboração premiada para garantir eventual redução de pena (artigo 16, parágrafo único, da Lei nº 8.137/90). Seja como for, é fato que essa sobreposição de acordos está longe de beneficiar o agente econômico, que acaba sendo demasiadamente onerado nessa hipótese¹⁰.

⁸ O Fundo de Direitos Difusos é vinculado ao Ministério da Justiça e tem como finalidade atuar na recuperação de bens, na promoção de eventos educativos, científicos e na edição de material informativo.

⁹ “A exigência de confissão de culpa nesse caso elide a aplicação de referida norma (ou seja, celebração do TCC), vez que atrai para aquele que assim proceder a probabilidade de ser acionado no âmbito civil em ações de reparação de dano ao mesmo tempo em que representa a confissão do ilícito em matéria criminal.” CF. DOMINGUES; GABAN; 2016, p. 268.

¹⁰ “Diante dessa natureza conciliatória do TCC, não faz sentido, a priori, estabelecer o reconhecimento da culpa como um requisito essencial à sua celebração. Do contrário esse instituto provavelmente seria subutilizado, pois o custo para o réu celebrar um TCC seria maior do que o benefício auferido, já que se por um lado ele economizaria recursos que seriam desembolsados com a sua defesa no processo até o julgamento e com o pagamento de uma multa em valor esperado maior do que o valor da contribuição pecuniária negociada com o CADE, por outro lado ele ficaria extremamente vulnerável não apenas a indenização de terceiros, mas também, e, sobretudo, a sanções criminais, sendo melhor então, continuar a litigar em sede administrativa e judicial e exercer de forma plena o seu direito ao contraditório”. CF. PEREIRA, 2011, p. 72.

Constatamos, assim, que a vantagem do compromissário do TCC-cartel estaria na possibilidade de suspensão do processo administrativo. Lado outro, as vantagens para a Administração Pública são inquestionáveis, pois ela poderá também contar com a colaboração dos demais investigados (pessoas jurídicas¹¹) na conduta concertada, coisa que não ocorreria caso tivesse apenas a colaboração do agente econômico que firmou a leniência.

Em razão disso, concluímos que o TCC-cartel é de fato um instituto híbrido, porquanto conta com contornos do TCC clássico e da leniência por trazer duas das principais obrigações dessa (confissão e colaboração) conforme ilustramos na tabela a seguir:

OBRIGAÇÕES DO COMPROMISSÁRIO		
AL	TCC-cartel	TCC
Cessar a prática	Cessar o efeito lesivo	Cessar o efeito lesivo
Confessar	Confessar	—
Colaborar com as investigações	Colaborar com as investigações	—
—	Contribuição Pecuniária ao FDD	Contribuição Pecuniária ao FDD

Tabela 2: Comparativo entre AL, TCC-cartel e TCC.

Pela prática do CADE e jurisprudência construída após a entrada em vigor da Lei 12.529/2011, tanto o acordo de leniência quanto o TCC clássico se mostram mais vantajosos que o TCC-cartel em razão do princípio da proporcionalidade. O ex-Conselheiro do CADE, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, quando se pronunciou sobre o TCC celebrado com a União Brasileira de Avicultura, em 2009 – isto é, ainda nos auspícios da lei 8884/1994 -, perfilhou

¹¹ Como a regra do *first come, first serve* não se aplica à pessoa física, o CADE também poderia contar com a colaboração das pessoas físicas que firmaram a leniência.

entendimento de que a exigência da confissão sem eventual concessão por parte da Administração, viola a proporcionalidade:

Não há que se olvidar que a exigência de confissão (reconhecimento de ilicitude), por parte da Administração Pública significa no mais das vezes concessões em outros aspectos do acordo, sob pena de transformação deste em um cenário mais prejudicial aos requerentes do que uma eventual condenação. De fato, o valor proposto a título de contribuição pecuniária, por se enquadrar nos cenários prováveis de condenação, confere a presente proposta características peculiares. A imposição de confissão de culpa representaria, neste caso, um cenário mais gravoso que a própria condenação, podendo representar violação ao princípio da proporcionalidade, sobretudo diante das demais obrigações constantes da proposta, tais como a obrigação voluntária de cessação da conduta e a divulgação de informações relacionadas ao desenvolvimento da política de defesa da concorrência do país (por meio da Cartilha de Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações). Não há que se esquecer que, por conta do acordo, os proponentes abriram mão de discutir a legalidade tanto no âmbito administrativo, como no judiciário (CADE, 2009, p.19).

Em sentido oposto, Martins e Andrade propõem uma distribuição piramidal do que a doutrina e a prática nacional e internacional têm apontado como parâmetros do TCC-cartel, alocando, no corpo da estrutura, a colaboração e o reconhecimento da culpa:

[...] a determinação da cessação da prática delituosa, a cominação de multa em caso de inadimplemento e a previsão de recolhimento ao FDD, em percentual não inferior a 1% seriam parâmetros básicos do TCC – como a “base de uma pirâmide”. A colaboração com a autoridade antitruste, a adoção de um programa de *compliance* e o reconhecimento de culpa, por sua vez, formariam o corpo da pirâmide, podendo ser exigidos ou não, de acordo com as particularidades do caso concreto. Por fim, não tendo sido ainda exigida pelo CADE, e sendo, pois, prescindível à celebração do TCC, a redução da pena eventualmente cominada estaria no “topo” da pirâmide (MARTINS; ANDRADE; 2011, p. 207).

Não há dúvidas que cartéis são infrações complexas e que, para enfrentá-las, é necessária uma sofisticação de técnicas. Com efeito, as vantagens do TCC-cartel para a Administração Pública são evidentes, pois: a) o reconhecimento da culpa aumenta, em tese, o efeito dissuasório da infração e possibilita responsabilização do infrator nas esferas cível e criminal; b) a colaboração nas investigações favorece o desmantelamento da organização colusiva e favorece condenações na esfera administrativa.

Todavia, essa situação representa um alto custo para potenciais compromissários, notadamente pelo fato de não lhe serem oferecidos benefícios na esfera criminal, sobretudo quando a assunção da culpa os onera.

Além disso, não podemos olvidar o risco de retaliação do compromissário por parte do cartel (PEREIRA, 2011, p. 73). Em que pese a possibilidade do caráter confidencial do TCC, a cessação/alteração da prática já é um alarde natural aos demais infratores.

Ademais, os lucros obtidos com a conduta anticompetitiva também são avaliados pelo eventual compromissário em sua estratégia global e, considerando os riscos a que se sujeita, é possível que o agente econômico opte por não celebrar o acordo:

Portanto, admitir a exigência indiscriminada da confissão de culpa e consequente colaboração com as investigações como requisitos para a celebração de TCCs em caso de cartéis clássicos, como propõe a SDE, seria reduzir esse instrumento à utilização apenas como um segundo acordo de leniência, nos moldes do “plea agrément” norte-americano. Isso geraria um prejuízo à política de combate a cartel brasileira, na medida em que em situações onde o acordo de leniência não seria celebrado independentemente da possibilidade de se firmar um TCC, a autoridade antitruste não iria poder se valer desse meio de solução alternativa para por fim ao processo e possibilitar a dissuasão do cartel de forma eficiente, com a economia de custos sociais. (PEREIRA, 2011, p. 82).

Por todo o exposto, cremos que obrigatoriedade de reconhecer a participação na conduta e colaborar com as investigações de fato colocam o TCC-cartel em uma zona híbrida, transitando entre o TCC e a leniência, o que pode desestimular a celebração do ajuste e, em efeito contrário ao intentado pela Administração, comprometer a própria política da de enfrentamento de infrações contra a ordem econômica. O ideal seria a criação de mecanismos que visem à manutenção das vantagens do acordo sem com isso deixar de avaliar a proporcionalidade do cálculo da vantagem auferida (com a prática de cartel) quando da fixação dos valores a serem recolhidos no TCC-cartel. Com isso seriam evitadas as críticas no sentido de que o Estado estaria restringindo o movimento de dissuasão da prática com acordos excessivamente atrativos do ponto de vista pecuniário.¹²

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O escopo dos mecanismos de consensualização da Administração Pública é tirar o administrado da posição de mero destinatário das decisões administrativas, tornando-o um

¹² Como exemplo, vale mencionar que, no final de 2018, o CADE celebrou 16 acordos, no total de R\$ 897,9 milhões, com empreiteiras da Lava Jato (Odebrecht, OAS, Andrade Gutierrez e Carioca Engenharia), de modo a encerrar investigações de cartéis em diferentes processos envolvendo a Copa do Mundo de 2014, a urbanização das favelas do Rio de Janeiro, as licitações de ferrovias, as obras da Petrobrás e da usina Angra 3. Para os Conselheiros João Paulo Rezende e Cristiane Alkmin, em que pese a possibilidade das multas alcançarem o patamar de 20% do faturamento da pessoa jurídica, os valores avançados não chegaram a 2%, o que teria tornado a negociação desvantajosa para o Estado. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **CADE celebra acordos em investigações da Lava Jato**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordos-em-investigacoes-da-lava-jato>>. Acesso em: 08.jun.2019.

efetivo colaborar do Poder Público no exercício de suas competências, tudo com o fito de imprimir legitimidade e efetividade à ação estatal.

No domínio do processo administrativo sancionador, os acordos antitruste têm se tornando pilares essenciais para o enfretamento de condutas anticompetitivas. Todavia, no campo dos cartéis, considerando as inerentes dificuldades concernentes a sua detecção e comprovação, a Administração Pública tem buscado reformular técnicas e institutos para conseguir compensar o rebuscamento das organizações colusivas.

Esse foi o caso dos termos de compromisso de cessação de prática que, considerados no terreno das práticas concertadas, adquiriu contornos que os aproximou dos acordos de leniência e, ao mesmo tempo, modificou suas características colocando em questão as suas finalidades intrínsecas.

A previsão de reconhecimento de participação na conduta e de colaboração na instrução, presentes nos artigos 225 e 226 do RICADE, deram ao TCC-cartel uma feição híbrida, tornando-o, com base em todos os elementos comparativos indicados na tabela 2 o menos vantajoso dos acordos.

No que diz respeito à confissão, uma vez que ela não é acompanhada de uma imunidade penal, ao contrário do que ocorre na leniência, o potencial compromissário é colocado em uma posição de fragilidade que, por vezes, pode desestimular a celebração do ajuste, em detrimento das finalidades públicas que têm por escopo cessar a prática deletéria ao mercado e poupar custos operacionais típicos do processo administrativo.

Ainda, a colaboração com as investigações é incompatível com a própria natureza de acordo substitutivo que, por norma, implica na terminação consensual do processo administrativo, distanciando-o do compromissário.

O TCC-cartel, como instituto heterogêneo, traz as *obrigações* dos acordos de leniência, sem a contrapartida de seus *benefícios* e, além disso, não prescinde das obrigações típicas do TCC, como a contribuição pecuniária ao FDD. Portanto, o único benefício que o agente econômico tem é a suspensão do processo administrativo em relação a ele.

É certo que são sempre bem-vindos os incrementos no aparato estatal para dismantelar os cartéis, considerados recorrentemente como os ilícitos mais perniciosos para a concorrência (OCDE). É preciso, porém, fazer uma opção coerente com as características essenciais dos acordos, sob pena de se criar um sistema que pode minar os objetivos perseguidos pela administração pública.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Programa de Leniência**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>. Acesso em: 20. nov. 2018.

_____. Voto do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo no Requerimento nº 08700.002933/2009-01, referente ao Processo Administrativo n. 08012.003623/2009-53.

_____. **CADE celebra acordos em investigações da Lava Jato**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordos-em-investigacoes-da-lava-jato>. Acesso em: 08.jun.2019.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **(R)evolução das investigações de cartel à luz dos acordos de leniência e das buscas e apreensões**. In: CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto. *Evolução do Antitruste no Brasil*. Ed. Singular: São Paulo, 2018, p. 1289-1304.

_____. **Direito antitruste: o combate aos cartéis**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. MIELE, A. F. **"Delatar é Preciso, punir não é preciso" - aspectos essenciais dos institutos que inovaram os processos sancionadores no Brasil** In: Colaboração Premiada - novas perspectivas para o sistema jurídico-penal.1 Belo Horizonte: D'Placido, 2018, p. 239-268.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARRARA, Thiago. **Direito Administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014, p. 40.

_____. **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática no ajustamento de condutas dos regulados. In: **Revista Digital de Direito Administrativo**. vol. 4, n. 1, p. 274-293, 2017. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda>. Acesso em: 21. nov.2018.

MARTINS, Amanda Athayde Linhares; ANDRADE, Fernanda Rodrigues Guimarães. Compromisso de cessação de prática em casos de cartel: requisitos e efetividade. In: Oliveira, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado. **Remédios Antitruste**. São Paulo: Editora Singular, 2011.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na administração pública e seu controle judicial. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 143-187.

_____. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2015

PEREIRA, Guilherme Teixeira. **Política de combate a cartel no Brasil**: uma Análise Jurídica do Acordo de Leniência e do Termo de Compromisso de Cessação de Prática. 2011. 156f. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento Econômico e Social) - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011.

RAFIH, Rhasmye El. Algumas consequências da premiação patrimonial do *whistleblowing* no âmbito criminal e em programas de *compliance*: impactos inaugurais da Lei 13.608/2018. In: **Boletim do IBCCRIM**, v. 309, 2018.

RODAS, João Grandino; OLIVEIRA, Gesner. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015.