

# ACORDOS SUBSTITUTIVOS COMO PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS: DESAFIOS DO CADE E LIÇÕES PARA O DIREITO CONCORRENCIAL EUROPEU

*Daniel Favoretto Rocha\**

**ABSTRACT** *The use of settlements in public law enforcement raises challenges in many jurisdictions, including the European Union. In Brazil, these challenges have entered a new phase. Along with the increasing use of these instruments and the institutional conflicts resulting it, the recent editing of Decree-law n.º 4.657/1942 creates a new context. With this new normative framework, there is greater burden of cohesion over the Public Administration when using settlements. These settlements have come closer to the nature of stare decisis (i.e. of an administrative precedent). Based on empirical research regarding settlements between the Brazilian competition authority and class-representation entities, this paper suggests some criteria to be observed, in order to maintain consistency in the use of settlements, thus providing useful insights for the current European context.*

**SUMÁRIO** 1 – Introdução. 2 – Investigação empírica de TCCs no CADE. 3 – Acordos substitutivos como precedentes administrativos. 4 – Lições do caso brasileiro ao contexto europeu. 5 – Conclusão.

**KEY-WORDS** Competition law, Settlements, Equal treatment, Comparative law, Administrative *ratio decidendi*

## 1. INTRODUÇÃO

A partir de reflexões sobre recentes inovações jurídicas do campo do direito administrativo brasileiro, este artigo fornece possíveis lições ao direito

---

\* Colaborador com investigação na Cátedra Jean Monnet “Territorial Expansion of EU Economic Law”. Mes-trando em Direito na FGV Direito SP (Fundação Getúlio Vargas) e bacharel pela mesma instituição. Advogado em direito da concorrência e regulação, trabalhou em gabinete do Tribunal de Justiça de São Paulo. Contributing researcher at the Jean Monnet Chair “Territorial Expansion of EU Economic Law”. LL.M. student at FGV Law School (Fundação Getúlio Vargas) and law degree by the same school. Attorney in competition law and regulation, having previously worked at São Paulo’s Appellate Court cabinet.

concorrencial europeu. Apesar de estudar o cenário brasileiro, o presente artigo também pode ser útil a outras jurisdições, por servir de possível *benchmarking* àquelas que pretendem ingressar em inovações jurídicas como as promovidas recentemente no Brasil, notadamente no uso de acordos pela Administração e nos efeitos jurisprudenciais daí decorrentes.

A consensualidade está na pauta do debate administrativista de hoje. O uso de acordos no âmbito de investigações e processos administrativos sancionadores vem ganhando destaque, seja em razão do aumento de seu uso<sup>1</sup>, seja em razão das controvérsias daí advindas<sup>2</sup>.

A recente promulgação da chamada “Lei de Segurança Jurídica” ou “Lei da Inovação Pública” (Lei n.º 13.655/2018) no Brasil, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n.º 4.657/1942), trouxe um debate acalorado a este campo do Direito<sup>3</sup>, pois, dentre outros motivos, conferiu ao gestor público mecanismos mais seguros para o uso da consensualidade na atividade administrativa<sup>4</sup>.

1 Segundo Palma (2014: 186), “é de se notar hoje o florescimento de instrumentos consensuais no Direito Público brasileiro voltados à negociação da prerrogativa imperativa, no curso do processo administrativo, que não findem na figura do ato administrativo unilateral e imperativo”. No caso do CADE, dados estatísticos indicam o aumento do número de Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) homologados nos últimos anos. Em 2015, houve 56 homologações, enquanto, em 2016, houve 54, em 2017, houve 70 e, em 2018, houve 60. Em 2019, parcialmente motivado pela diminuição de casos de cartel instaurados no ano, 19 propostas de TCC foram homologadas. Dados acessados em 08.02.2020, no portal “Cade em Números”. Disponível em <<https://cadeneros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>>.

2 As controvérsias que são suscitadas na prática dos órgãos administrativos brasileiros não se referem ao uso da consensualidade *per se*, pois a legalidade do uso de acordos substitutivos já é uma questão superada. As controvérsias que são suscitadas se referem à forma como estes acordos são utilizados pela Administração. No caso do CADE, um bom exemplo de controvérsia na celebração de Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) é a divergência quanto ao critério de cálculo da contribuição pecuniária a ser paga pelo compromissário. Nos últimos anos, alguns Conselheiros do CADE entenderam que o critério usualmente adotado pela autarquia não cumpria a função dissuasória do acordo, razão pela qual os acordos aparentavam ser utilizados equivocadamente. Para saber mais, ver o voto-vogal do Conselheiro João Paulo de Resende, no Requerimento de TCC n.º 08700.001880/2016-21 (28.11.2018), e o voto-vogal da Conselheira Cristiane Alkmin, no Requerimento de TCC n.º 08700.001361/2018-70 (07.12.2018).

3 Para saber mais sobre a repercussão da nova “Lei de Introdução”, ver Leoratti (2018), disponível em <<https://www.jota.info/justica/carlos-ari-sundfeld-pl-7488-26042018>> Ver, também, Mendes (2018) disponível em <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/carf-mudanca-lindb-27062018>>.

4 Por exemplo, o artigo 27.º prevê a celebração de compromisso processual e o artigo 22.º limita os órgãos controladores na interpretação de normas sobre gestão pública, exigindo que sejam consideradas as dificuldades reais e as circunstâncias práticas que tiverem levado o agente a, por exemplo, firmar um acordo substitutivo. A utilidade da Lei n.º 13.655/2018 para a consagração da consensualidade no atual direito administrativo também é apontada por Marques Neto & Freitas (2018), ao afirmarem que “a nova LINDB (Lei 13.655/2018), denominada Lei da Segurança para a Inovação Pública, por intermédio de seu artigo 27, deu um

Em razão deste cenário, novos questionamentos estão surgindo, dentre eles, se estes acordos constituem precedentes administrativos. Em outras palavras, a Administração possui um dever de coerência na realização de acordos, vinculando futuras negociações aos termos de acordos passados? Se a Administração possui este dever, quais critérios devem ser utilizados para zelar por esta coerência?

Estas são as duas perguntas que este trabalho busca responder. Ambas as dúvidas são relevantes, juridicamente. Afinal, se houver este dever de coerência e a Administração violá-lo, o acordo pactuado deve ser objeto de controle e revisão, seja no âmbito de outra instância administrativa, seja no âmbito judicial.

Os fins almejados por este artigo, portanto, são (i) desvendar a força vinculante de acordos substitutivos celebrados pela Administração – *i.e.* se têm natureza de precedente administrativo – e (ii) identificar critérios para a Administração manter coerência na celebração destes acordos.

Para esclarecer o objeto de pesquisa, cabe ressaltar que os acordos a que nos referimos, neste trabalho, são os denominados “acordos substitutivos”, que substituem a sanção administrativa, análogos aos “*settlement agreements*” da União Europeia (Regulamento n.º 622/2008) e ao procedimento de transação português (Lei n.º 19/2012).

Os acordos substitutivos são atos bilaterais entre a Administração e o administrado, de natureza de negócio jurídico processual, com efeito extintivo ou impeditivo da aplicação da sanção administrativa e do processo sancionador correspondente (Sundfeld & Câmara, 2011: 01).

O uso de acordos substitutivos é uma forma de desenhar soluções ao caso concreto, por meio de uma relação mais horizontalizada entre Administração e administrado, alternativa à tradicional imposição unilateral de sanção (Palma, 2014: 186).

Apesar da viabilidade de estudar os acordos substitutivos *in abstracto*, foi feito, para este trabalho, um recorte do objeto de pesquisa. Analisar-se-á os Termos de Compromisso de Cessação (“TCCs”) do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), que são acordos substitutivos em matéria de infração à ordem econômica<sup>5</sup>.

---

*importante passo para a consagração definitiva da consensualidade no Direito brasileiro, destacadamente no que toca aos acordos administrativos endo e extraprocessuais”.*

5 Os TCCs são acordos substitutivos, pois substituem a sanção administrativa, conforme determina o §9.º do artigo 85.º da Lei n.º 12.529/2011. “Art. 85, §9.º O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver

O CADE é o órgão brasileiro de defesa da concorrência, regulado pela Lei n.º 12.529/2011. Este órgão é reconhecido internacionalmente pelo seu sucesso no uso de acordos para a persecução administrativa de infrações, especialmente em casos de cartel<sup>6</sup>. Dada a dificuldade de obtenção de provas em investigações de esquemas anticompetitivos organizados, os acordos são um instrumento de acesso a um conjunto probatório mais robusto, viabilizando a condenação dos demais infratores.

O uso de instrumentos consensuais para a persecução de ilícitos antitruste, especialmente cartéis, já é consolidado em diversas jurisdições além de Brasil e Portugal<sup>7</sup>.

Para os leitores não familiarizados com o microsistema brasileiro de defesa da concorrência, cabe mencionar que os acordos de TCC são propostos, de forma sigilosa, pela parte interessada, usualmente perante a Superintendência-Geral do CADE, para negociação. Após esta fase, a proposta de acordo é levada ao Tribunal Administrativo, que, em sessão pública de julgamento, escolherá se a homologará, com base em um juízo de legalidade, conveniência e oportunidade<sup>8</sup>.

Após a homologação do acordo, os autos do TCC passam a ser de acesso público, salvo trechos e documentos considerados sigilosos, que ficam mantidos em um apartado de acesso restrito.

A escolha do presente artigo foi comparar as chamadas “cláusulas de escopo” de TCCs firmados entre o CADE e órgãos representativos de setores econômicos (associações de classe, sindicatos, cooperativas ou confederações). Nestes casos, o órgão representativo costuma estar sendo processado por uma prática anticompetitiva denominada de indução a conduta comercial uniforme e, em alguns casos, coordenação de cartel.

---

*sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo.”*

6 Em 2018, o CADE recebeu, pelo sexto ano consecutivo, reconhecimento do ranking internacional *Global Competition Review (GCR)*, ficando entre as dez agências antitruste mais eficientes do mundo por, dentre outros fatores, seus resultados de *enforcement* via acordos substitutivos. Para saber mais, ver <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-se-mantem-entre-as-melhores-agencias-antitruste-do-mundo>>.

7 Dentre as jurisdições que têm programas consolidados de colaboração para persecução de crimes organizados, em especial, cartéis, há os Estados Unidos, Itália e Alemanha (Fyfe & Sheptycki, 2005: 16-22). No mesmo sentido, Piccolo & Immordino (2014).

8 Lei n.º 12.529/2011, artigo 85.º. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do artigo 48.º desta Lei, o CADE poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus atos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

Ao firmarem um acordo de TCC, a entidade de classe e o CADE se vinculam a um conjunto de cláusulas, como a cláusula de escopo, que define a extensão dos efeitos do acordo. Esta cláusula, chamada, também, de “cláusula guarda-chuva”, estende os benefícios do TCC a terceiros que não integram o acordo, mas que são vinculados à compromissária – e.g. membros da entidade de classe.

A investigação empírica feita para este artigo, conforme será visto, evidencia que houve, recentemente, a celebração de um TCC com cláusula de escopo atípica em relação aos TCCs dos últimos anos. O TCC referido é o firmado entre o CADE e a Associação dos Fabricantes de Refrigerantes do Brasil (“Afrebras”)<sup>9</sup>.

Com a comparação entre este e outros acordos realizados pelo CADE, poderá ser feita uma discussão mais concreta sobre a forma pela qual a Administração deve zelar por coerência e isonomia no uso da consensualidade. Esta análise dará subsídios interessantes ao contexto europeu de acordos substitutivos.

A metodologia utilizada foi o estudo de caso. A partir da análise daqueles casos concretos e da interpretação do regime jurídico aplicável, será possível definirmos se acordos substitutivos têm natureza de precedentes administrativos e quais os critérios a serem observados, na celebração e negociação destes acordos, para prevenir incoerências da Administração no uso da consensualidade.

Esclarece-se, desde já, que, mesmo utilizando o microsistema de defesa da concorrência, as conclusões deste trabalho se referirão a toda a Administração Pública, pois parte do regime jurídico a ser analisado é aplicável a toda a Administração brasileira e a sistemática de celebração de acordos substitutivos não é restrita ao CADE.

A especificidade do estudo de caso escolhido – celebração de TCCs entre o CADE e entidades de classe – tornará este estudo mais concreto, mas não impedirá que cheguemos a conclusões de aplicação mais ampla, extrapolando o microsistema brasileiro de defesa da concorrência, pois, como será visto, as normas e racionalidade jurídica determinantes desta análise são aplicáveis aos demais entes da Administração Pública brasileira.

O presente artigo está dividido em três tópicos centrais, além da presente introdução e das considerações finais. O primeiro tópico consiste na referida

---

9 TCC celebrado por meio do Requerimento n.º 08700.006297/2017-98, cuja proposta foi homologada pelo Tribunal Administrativo na 125.ª sessão ordinária de julgamento, em 13 de junho de 2018.

investigação empírica, com teor comparativo em relação a diferentes TCCs firmados pelo CADE com entidades de classe. O segundo tópico buscará responder as perguntas elencadas acima, a partir do cenário empírico mostrado no tópico anterior. Por fim, o terceiro tópico indicará os aspectos do debate brasileiro que podem ser aproveitados no contexto europeu.

## 2. INVESTIGAÇÃO EMPÍRICA DE TCCS NO CADE

Para este artigo, foi feita uma investigação, no sistema digital do CADE, de todos os requerimentos de TCC apreciados entre 01 de julho de 2015 e 31 de julho de 2019. A escolha deste recorte temporal se justifica em, de um lado, identificar os TCCs recentes do CADE e, de outro lado, analisar um período extenso o suficiente para concluirmos quais as tendências na celebração de TCCs.

Em outras palavras, a opção de analisar os últimos quatro anos de requerimentos de TCCs do CADE nos dá um conjunto amostral amplo o suficiente para fazermos uma generalização analítica da investigação empírica realizada.

Ressalta-se que os requerimentos analisados são, obviamente, os de acesso público. Há diversos requerimentos de TCC que são sigilosos, por estarem em negociação no âmbito da Superintendência-Geral ou do Tribunal Administrativo e, portanto, não terem sido ainda homologados.

Após a análise de todos os requerimentos de TCC<sup>10</sup>, foram dispensados todos os requerimentos que (i) não tinham órgão representativo de setor econômico na posição de requerente; (ii) tratavam de conduta de terceiro, nos quais o órgão representativo figurara como requerente na forma de substituição processual<sup>11</sup>; ou (iii) não foram homologados pelo Tribunal, mesmo que possuíssem como requerente órgão representativo de setor econômico<sup>12</sup>;

10 A investigação feita consistiu em acessar o sistema SEI, do portal do CADE ([cade.gov.br](http://cade.gov.br)), clicando no campo “pesquisa processual” da página principal, e pesquisar pelo filtro “Finalístico: Requerimento de TCC”. Pesquisando com este filtro, encontra-se todos os procedimentos desta classificação. Acesso em <[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_pesquisar.php?acao\\_externa=protocolo\\_pesquisar&acao\\_origem\\_externa=protocolo\\_pesquisar&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0)>.

11 Este critério foi, particularmente, importante para excluir do conjunto de análise o Requerimento n.º 08700.007539/2016-80, que foi proposto por associação mantenedora de hospital envolvido em cartel. Embora os fatos narrados indicassem participação em cartel do Hospital Evangélico de Vila Velha, foi sua mantenedora, a Associação Evangélica Beneficente Espírito Santense, quem figurou no processo.

12 Os requerimentos de TCC excluídos do objeto de pesquisa deste trabalho, com base nos critérios supracitados, foram os seguintes: 08700.003312/2019-16, 08700.003136/2019-12, 08700.003133/2019-71, 08700.002715/2019-30, 08700.001262/2019-24, 08700.001265/2019-68, 08700.007213/2018-14, 08700.006370/2018-11, 08700.005441/2018-50, 08700.005279/2018-70, 08700.005251/2018-32,

Após esta delimitação, os requerimentos de TCC encontrados que enquadraram no escopo deste trabalho totalizaram dezesseis. São dezesseis requerimentos de TCC de entidades de classe, que foram homologados pelo Tribunal Administrativo e resultaram de processos administrativos instaurados contra prática de poder de coordenação ou de exclusão.

As condutas imputadas variaram entre indução de conduta comercial unipol, troca de informação concorrencialmente sensível, coordenação de cartel e conduta unilateral exclusionária.

08700.005212/2018-35,	08700.005211/2018-91,	08700.004934/2018-72,	08700.004372/2018-67,
08700.004387/2018-25,	08700.004192/2018-85,	08700.003638/2018-54,	08700.003624/2018-31,
08700.003188/2018-08,	08700.002526/2018-86,	08700.002299/2018-99,	08700.002238/2018-21,
08700.002093/2018-69,	08700.001994/2018-33,	08700.002005/2018-29,	08700.001542/2018-51,
08700.001360/2018-81,	08700.001362/2018-70,	08700.001323/2018-72,	08700.001212/2018-66,
08700.000527/2018-96,	08700.008078/2017-43,	08700.007963/2017-13,	08700.007863/2017-89,
08700.007696/2017-76,	08700.007604/2017-58,	08700.006458/2017-43,	08700.006459/2017-98,
08700.006361/2017-31,	08700.006374/2017-18,	08700.006295/2017-07,	08700.006233/2017-97,
08700.005902/2017-11,	08700.005362/2017-68,	08700.005349/2017-17,	08700.005226/2017-78,
08700.004918/2017-07,	08700.004917/2017-54,	08700.004797/2017-95,	08700.004388/2017-99,
08700.004189/2017-81,	08700.003670/2017-59,	08700.003614/2017-14,	08700.003613/2017-70,
08700.003579/2017-33,	08700.003508/2017-31,	08700.003437/2017-76,	08700.003012/2017-67,
08700.002688/2017-33,	08700.002633/2017-23,	08700.002561/2017-14,	08700.002448/2017-39,
08700.002280/2017-61,	08700.002140/2017-93,	08700.002137/2017-70,	08700.002025/2017-19,
08700.001844/2017-49,	08700.001845/2017-93,	08700.001785/2017-17,	08700.001801/2017-63,
08700.001560/2017-52,	08700.001359/2017-75,	08700.001335/2017-16,	08700.000865/2017-47,
08700.000814/2017-15,	08700.000502/2017-10,	08700.000436/2017-70,	08700.000120/2017-88,
08700.000098/2017-76,	08700.008151/2016-04,	08700.007988/2016-28,	08700.007979/2016-37,
08700.007978/2016-92,	08700.007837/2016-70,	08700.007859/2016-30,	08700.007869/2016-75,
08700.007865/2016-97,	08700.007864/2016-42,	08700.007867/2016-86,	08700.007863/2016-06,
08700.007866/2016-31,	08700.007862/2016-53,	08700.007868/2016-21,	08700.007539/2016-80,
08700.007360/2016-22,	08700.007362/2016-11,	08700.007364/2016-19,	08700.007368/2016-99,
08700.007370/2016-68,	08700.007366/2016-08,	08700.007053/2016-41,	08700.006955/2016-61,
08700.006875/2016-13,	08700.006757/2016-05,	08700.006760/2016-11,	08700.006723/2016-11,
08700.006721/2016-13,	08700.006694/2016-89,	08700.006546/2016-64,	08700.006535/2016-84,
08700.006351/2016-14,	08700.006038/2016-86,	08700.005902/2016-22,	08700.005593/2016-91,
08700.005552/2016-02,	08700.005299/2016-89,	08700.005258/2016-92,	08700.004671/2016-30,
08700.004617/2016-94,	08700.004602/2016-26,	08700.004554/2016-76,	08700.004433/2016-24,
08700.004016/2016-81,	08700.003945/2016-73,	08700.003897/2016-13,	08700.003811/2016-52,
08700.003672/2016-67,	08700.003432/2016-62,	08700.003364/2016-31,	08700.003082/2016-34,
08700.003063/2016-16,	08700.003050/2016-39,	08700.002912/2016-14,	08700.002125/2016-64,
08700.002108/2016-27,	08700.002026/2016-82,	08700.001808/2016-02,	08700.001730/2016-18,
08700.000843/2016-04,	08700.001728/2016-49,	08700.012016/2015-74,	08700.011995/2015-43,
08700.011998/2015-87,	08700.011930/2015-06,	08700.011190/2015-08,	08700.011036/2015-28,
08700.011024/2015-01,	08700.010997/2015-15,	08700.010978/2015-99,	08700.010925/2015-78,
08700.009978/2015-46,	08700.009944/2015-51,	08700.009213/2015-14,	08700.008910/2015-40,
08700.008232/2015-15,	08700.008219/2015-66,	08700.008068/2015-46,	08700.007789/2015-39,
08700.007742/2015-75,	08700.007418/2015-57,	08700.007402/2015-44,	08700.007420/2015-26,
08700.007343/2015-12,	08700.007160/2015-99,	08700.007174/2015-11,	08700.007074/2015-86,
08700.007064/2015-41,	08700.006946/2015-99,	08700.006781/2015-55 e	08700.006759/2015-13.

Apesar desta variedade, os casos selecionados têm semelhanças, por exemplo, a natureza jurídica das compromissárias (órgãos associativos e representativos de setor econômico) e o meio pelo qual as condutas imputadas foram supostamente praticadas<sup>13</sup>. Em todos estes casos, a preocupação concorrencial da autoridade antitruste advinha do poder de coordenação e/ou exclusão das entidades de classe, nos mercados de suas associadas ou filiadas.

Nota-se, portanto, que os critérios utilizados para selecionar os requerimentos de TCC pesquisados – quais sejam, ter sido homologado pelo Tribunal do CADE e ter entidade de classe como compromissária, excluídos os casos de substituição processual – indicaram que, no recorte temporal adotado, apenas dezesseis TCCs são úteis para o objeto deste artigo.

Destes dezesseis TCCs, apenas três possuem cláusula de escopo, conforme se nota da tabela produzida abaixo:

Número do requerimento	Ano de homologação	Representada	Conduta investigada	Mercado envolvido	Existência de cláusula de escopo
08700.003794/2018-15	2018	SECOVI/GO	Indução a conduta comercial uniforme	Corretagem de imóveis	Não
08700.006297/2017-98	2018	AFREBRAS	Indução a conduta comercial uniforme e troca de informação concorrencialmente sensível	Refrigerantes, água mineral e outras bebidas não alcoólicas	Sim
08700.005133/2017-43	2018	COFECI e outros	Indução a conduta comercial uniforme	Corretagem de imóveis	Não
08700.003071/2017-35	2017	Minaspetro	Indução a conduta comercial uniforme e troca de informação concorrencialmente sensível	Revenda de combustíveis na região metropolitana de Belo Horizonte	Não
08700.001633/2017-14	2017	CARENE	Indução a conduta comercial uniforme	Prestação de serviços anestesiológicos na Região Nordeste do Rio Grande do Sul	Não
08700.001631/2017-17	2017	AR	Indução a conduta comercial uniforme	Prestação de serviços anestesiológicos na Região Nordeste do Rio Grande do Sul	Não

13 Aqui, digo “supostamente”, pois parcela dos TCCs analisados não possuem cláusula de confissão de participação na conduta imputada, razão pela qual houve processos administrativos interrompidos sem a comprovação dos fatos imputados aos compromissários. A existência de cláusulas de confissão de culpa, nos TCCs celebrados com o CADE, depende da negociação realizada, em especial, do conjunto probatório existente. Se, no momento da celebração do acordo, houver fortes indícios de que o compromissário estava envolvido na infração investigada, deve haver referida cláusula no acordo.

Número do requerimento	Ano de homologação	Representada	Conduta investigada	Mercado envolvido	Existência de cláusula de escopo
08700.001632/2017-61	2017	CAN	Indução a conduta comercial uniforme	Prestação de serviços anestesiológicos na Região Nordeste do Rio Grande do Sul	Não
08700.001634/2017-51	2017	SANE	Indução a conduta comercial uniforme	Prestação de serviços anestesiológicos na Região Nordeste do Rio Grande do Sul	Não
08700.008345/2016-00	2017	Instituto Aço Brasil	<i>Sham litigation</i>	Mercado de vergalhões de aço	Não
08700.001200/2016-70	2017	SINDHES	Indução a conduta comercial uniforme	Mercado de saúde do Estado de Espírito Santo	Não
08700.007351/2016-31	2016	ABECITRUS	Coordenação de cartel	Mercado de aquisição de laranjas para processamento de suco de laranja concentrado congelado	Sim
08700.010029/2015-17	2016	Unimed Catanduva	Conduta unilateral exclusionária	Prestação de serviços de diagnóstico por imagem no Município de Catanduva/SP	Não
08700.008213/2015-99	2015	ACAPS	Indução a conduta comercial uniforme	Supermercados no Espírito Santo	Sim
08700.007820/2015-31	2015	Associação de Urologia do Estado do Espírito Santo Ltda.	Indução a conduta comercial uniforme	Prestação de serviços de diagnósticos médico de urologia no Estado de Espírito Santo	Não
08700.007166/2015-66	2015	FEBRACAN	Indução a conduta comercial uniforme	Mercado local de serviço de anestesiologia	Não
08700.006777/2015-97	2015	COOPANGIO	Indução a conduta comercial uniforme	Mercado de saúde suplementar	Não

Esta investigação empírica demonstra a atipicidade de “cláusulas guarda-chuva” em TCCs celebrados entre o CADE e entidades de classe. Dada a raridade deste tipo de cláusula no repertório de TCCs celebrados pelo CADE, crê-se que este é um contexto ideal para discutir a relação entre o uso de acordos e a criação de precedentes administrativos.

Uma diferença constatada na investigação empírica realizada acima é entre o TCC da Afrebras e a maioria dos TCCs celebrados nos últimos quatro anos. Cabe uma breve comparação entre dois casos concretos, quais sejam, o TCC da Afrebras e o TCC da Minaspetro. Os casos têm diferenças e aspectos em comum.

Quanto às diferenças, os mercados envolvidos são diferentes; no caso da Afrebras, suas associadas atuam no mercado de refrigerantes, água mineral e bebidas não alcoólicas, enquanto, no caso da Minaspetro, suas associadas atuam no mercado local de revenda de combustíveis.

Ademais, o processo administrativo que deu origem ao TCC da Minaspetro é de maior magnitude em relação ao que deu origem ao TCC da Afrebras, pois, naquele, a quantidade de representados é muito maior e o esquema do cartel investigado se mostrava mais elaborado.

No entanto, ambos os casos possuem aspectos muito semelhantes. Primeiramente, a conduta investigada é de indução a conduta comercial uniforme de suas associadas, com compartilhamento de informação concorrencialmente sensível, monitoramento de seus associados e uso de punições disciplinares como forma de padronização de conduta comercial. Em segundo lugar, os órgãos representativos que firmaram TCC com o CADE – o sindicato Minaspetro e a associação Afrebras – são de pequeno a médio porte.

Apesar destas semelhanças, as cláusulas contratuais dos TCCs foram consideravelmente diferentes entre si. Enquanto a Afrebras conseguiu estender os benefícios do TCC a todas as pessoas coletivas associadas e pessoas singulares ligadas a estas associadas (“cláusula guarda-chuva”)<sup>14</sup>, com uma contribuição pecuniária de apenas R\$ 110.00,00 e sem sequer reconhecimento de culpa, a Minaspetro não obteve qualquer “cláusula guarda-chuva”, tendo sido imposta contribuição pecuniária de R\$ 725.147,28, com reconhecimento de culpa e obrigação de adoção de programa de *compliance*<sup>15</sup>.

---

14 Cláusula Sexta do TCC da Afrebras (“Do Escopo do Termo de Compromisso”): “6.1. O CADE reconhece que os efeitos do presente Termo se estendem a todas as pessoas jurídicas e entidades associadas à Compromissária AFREBRAS, bem como a todos os dirigentes e funcionários atuais, ou ex-dirigentes e ex-funcionários dessas pessoas jurídicas, que no momento da celebração do presente Termo não figuravam como parte do Processo Administrativo n.º 08700.011304/2015-10, com relação aos fatos dentro do escopo da investigação”.

15 Um dado possivelmente relevante para a ausência de cláusula de escopo no TCC da Minaspetro é o fato de que “as empresas afiliadas ao Sindicato também integram o polo passivo do presente processo, de modo que não será o Sindicato o único agente passível de ser punido”, conforme elucidado no voto-vogal do Consoelheiro João Paulo Resende (Requerimento n.º 08700.003071/2017-35).

Optou-se, aqui, por não fazer um juízo de valor sobre a adequação ou não da “cláusula guarda-chuva” nestes TCCs. Cabe, apenas, apontar para as diferenças e semelhanças entre as condições dos acordos celebrados, bem como entre os fatos dos casos.

### 3. ACORDOS SUBSTITUTIVOS COMO PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Feito este mapeamento dos TCCs celebrados pelo CADE, nos últimos quatro anos, e realizada esta comparação dos casos selecionados, cabe demonstrar o que isto tem a agregar ao escopo deste artigo.

Neste tópico, buscaremos, primeiramente, verificar se a autoridade administrativa do caso concreto – *i.e.* o CADE – possui um dever de coerência na celebração de acordos. Em seguida, caso concluamos que o regime jurídico aplicável impõe este dever, buscaremos identificar possíveis critérios a serem observados para manter tal coerência – no caso, entre TCCs firmados com entidades de classe.

A coerência entre acordos é um assunto já abordado em outras jurisdições, embora não costume ser um critério expresso na legislação destas jurisdições, nem produzir efeitos jurisprudenciais prospectivos. No âmbito da União Europeia, por exemplo, a Comissão Europeia se organiza de forma a zelar por esta coerência, conforme apontam Laina & Laurinen (2013: 03)<sup>16</sup>.

Existem posições nos diferentes eixos extremos deste debate. Em relação a um eixo, entende-se que o acordo firmado pela Administração, apesar de ter de cumprir os requisitos legais, tem natureza contratual (*pacta sunt servanda*) e deve ser seguido com base na negociação realizada, independente de outros acordos anteriormente firmados.

Exemplo desta posição é o voto-vogal da então Conselheira Cristiane Alkmin, no Requerimento n.º 08700.006721/2016-13. Neste caso, os compromissários Nakata Automotiva S.A. e Jorge Cerveira Schertel solicitaram revisão do acordo que haviam firmado com o CADE, com fundamento na diferença entre o valor da contribuição pecuniária de seu acordo e os valores firmados entre o CADE e concorrentes. A alegação foi de

---

16 “Colleagues with significant experience in settlement support the investigative case teams in the preparation and the handling of the [settlement] discussions, in order to ensure consistency among cases and that the lessons learned are quickly implemented in other on-going cases. The Commission is particularly vigilant to treat all the companies fairly and equally.” (Laina & Laurinen, 2013: 03).

desproporcionalidade e falta de isonomia, considerando que os demais acordos se referiam ao mesmo cartel.

No voto da Conselheira Cristiane Alkmin, houve enfática argumentação para não permitir a revisão de TCCs já homologados, por motivo de segurança jurídica<sup>17</sup>. Segundo a Conselheira, “*acordo é acordo!*”.

Em relação ao outro extremo deste debate, posição pouco vista na comunidade jurídica brasileira, entende-se que acordos têm função jurisprudencial, devendo ser revistos se a isonomia tiver sido violada. Considerando os benefícios trazidos pelo acordo ao administrado e à Administração, este entendimento tende a ser pouco suscitado.

Analisar se o CADE possui um dever de coerência na celebração de acordos exige a interpretação do regime jurídico a ele aplicável. O regime jurídico aplicável ao CADE, no momento em que faz uso da consensualidade para suspender o processo administrativo sancionador, inclui a Constituição Federal, a Lei n.º 12.529/2011, a Lei n.º 9.784/1999 e o Decreto-lei n.º 4.657/1942. Apenas subsidiariamente, aplica-se o Código de Processo Civil, conforme determina o artigo 115.º da Lei n.º 12.529/2011.

A Constituição Federal é a norma de patamar hierárquico mais elevado, razão pela qual deve ser a primeira a ser avaliada. Se a Constituição veda algo, não há como autorizá-lo por meio de outra norma. Se a Constituição comanda algo, não há como vedá-lo por meio de outra norma.

A Constituição não impede a imposição de um dever de coerência à Administração. Embora não haja previsão constitucional no sentido de exigir da Administração o critério de isonomia, na celebração de acordos, a Constituição não veda, em nenhum de seus artigos, a limitação da Administração por meio do dever de coerência.

Ademais, os dispositivos referentes à Administração Pública podem acolher eventual dever de coerência da Administração. É o que se nota do *caput* do artigo 37.º, que prevê os princípios de direito administrativo, dentre estes, a legalidade, a publicidade e a impessoalidade.

A Administração, portanto, é disciplinada pela Constituição de tal forma que, a despeito da inexistência de um dever de coerência propriamente dito,

---

17 Trecho do voto-vogal: “*Aliás, desnecessário dizer que, em um mundo sem incertezas jurídicas (que é o que queremos), ninguém fica revendo valores de contratos previamente negociados e assinados. Senão viveríamos em um mar de insegurança jurídica. (...) Portanto, considero inconcebível revisões de TCCs. Simplesmente não pode. Por ninguém: nem por iniciativa do compromissário, nem por iniciativa do Cade. É um princípio basilar que não deve ser rompido, com risco de abrir um péssimo precedente.*” Requerimento n.º 08700.006721/2016-13, Conselheira Cristiane Alkmin, Requerentes: Nakata Automotiva S.A. e Jorge Cerveira Schertel, 21.06.2018.

há exigência de transparência e impessoalidade na atividade administrativa. Esta exigência é suprida no uso de critérios objetivos e isonômicos para a celebração de acordos. Desta forma, embora não haja previsão constitucional expressa de dever de coerência no uso de acordos substitutivos, este dever é, no mínimo, compatível com a Constituição Federal.

Quanto à Lei de Defesa da Concorrência (Lei n.º 12.529/2011), não foi encontrado dispositivo que determine ou vede o referido dever de coerência. Já em relação à Lei de Processo Administrativo (Lei n.º 9.784/1999), também não há previsão expressa a respeito de qualquer dever de coerência na celebração de acordos. No entanto, a Lei n.º 9.784/1999, bem como a Constituição, constitui uma disciplina normativa aplicável à Administração que acolhe eventual dever de coerência.

O *caput* do artigo 2.º desta lei determina que a Administração obedecerá, dentre outros, aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e segurança jurídica<sup>18</sup>. Sendo o acordo substitutivo um negócio jurídico processual e uma forma de enfrentar infrações administrativas, seu uso deve zelar por estes princípios.

Estes princípios são observados quando a Administração utiliza critérios objetivos e isonômicos de celebração de acordos substitutivos, se mantendo coerente às condições de acordos já celebrados. O dever de coerência dá previsibilidade na celebração de acordos, garantindo o direito dos administrados à segurança jurídica. Ademais, referido dever de coerência impediria tratamentos demasiadamente discrepantes na substituição de sanções, observando a razoabilidade e a proporcionalidade.

Note que, até aqui, inexistente mandamento constitucional ou legal que imponha ou vede de maneira expressa a imposição de dever de coerência à Administração, na celebração de acordos substitutivos. Apesar desta inexistência, o tratamento de acordos como precedentes administrativos e a imposição de dever de coerência à Administração são compatíveis com este regime jurídico.

Em relação à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015), cremos não auxiliar no presente caso, pois os acordos a que se referem tal código não são substitutivos de sanção administrativa.

Por fim, cabe abordar a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n.º 4.657/1942). Recentemente alterada pela Lei n.º

---

18 Lei n.º 9.784/1999, artigo 2.º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

13.655/2018, a “Lei de Introdução” trouxe, a este regime jurídico, normas que tornam obrigatória a observância de coerência e isonomia na celebração de acordos substitutivos.

O artigo 26.º da Lei de Introdução prevê as diretrizes a serem observadas pela Administração na celebração de acordos. Além de servir de permissivo genérico à celebração de acordos substitutivos pela Administração<sup>19</sup>, este artigo determina que o acordo substitutivo “*buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais*” (inciso I do §1.º).

Têm-se, portanto, no regime jurídico aplicável ao CADE, dispositivo legal que exige, expressamente, equidade e proporcionalidade na celebração de acordos. A consequência destes critérios na celebração de TCCs é a observância de coerência entre acordos celebrados para condições fáticas e econômicas semelhantes.

A Lei de Introdução, cujo âmbito de aplicação transcende o CADE e alcança toda a Administração Pública brasileira, aproximou os acordos substitutivos do conceito de precedente administrativo, algo até então inédito, considerando as demais normas analisadas acima.

O estudo de caso feito neste trabalho levou à análise do regime jurídico aplicável ao CADE. Apesar desta limitação do objeto de pesquisa, conclui-se que há norma que fundamenta o dever de coerência na celebração de acordos, sendo esta norma (Lei de Introdução) aplicável a toda a Administração brasileira, não apenas ao microsistema de defesa da concorrência.

Com esta interpretação do regime jurídico, deve-se concluir que há, no ordenamento jurídico brasileiro, dever de coerência e observância à isonomia na celebração de acordos substitutivos pela Administração, tornando acordos em precedentes administrativos.

Com os acordos obtendo natureza de precedente administrativo, isto não significa que estes acordos têm efeito vinculante para a celebração de acordos futuros. A Lei de Processo Administrativo (Lei n.º 9.784/1999) prevê a hipótese de a Administração deixar de aplicar sua jurisprudência, devendo,

---

19 Decreto-lei n.º 4.657/1942, artigo 26.º. 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.

conquanto, motivar esta escolha, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos<sup>20</sup>.

A natureza de precedente administrativo gera, à Administração, maior ônus argumentativo na justificativa das condições do acordo celebrado e pode, a depender da insuficiência ou incoerência da motivação, ensejar revisão do acordo substitutivo celebrado.

Este efeito decorre da inovação trazida pela Lei n.º 13.655/2018 e, embora ainda não seja constatado no dia-a-dia da Administração brasileira, provavelmente pela lei ter entrado em vigência há pouco tempo, a tendência é que, nos próximos anos, o dever de coerência seja, cada vez mais, suscitado. Certamente, isto demandará maior especialização das autoridades administrativas e da advocacia privada, para a avaliação de coerência entre diferentes acordos celebrados.

Ressalta-se que este dever não pode padronizar e engessar a liberdade negocial de celebração de acordos pela Administração. Caso contrário, estar-se-ia minando um instrumento altamente eficiente de combate a infrações administrativas e contrariando a natureza consensual dos acordos.

O dever de coerência não implica em uma única solução para qualquer tipo de caso. Ao contrário, o dever de coerência exige acordos diferentes para casos concretos diferentes e acordos semelhantes para casos concretos semelhantes. É necessário que haja um critério claro de negociação e celebração de acordos para, de um lado, não ferir a segurança jurídica e isonomia em relação a acordos com outros administrados e, de outro lado, não engessar a liberdade negocial e consensual das partes.

A celebração de acordos substitutivos não pode ser uma alternativa fácil à autoridade administrativa ou uma forma desta autoridade se escusar da imposição de sanções, mascarando uma ineficiência da Administração em sancionar infrações.

O uso de acordos substitutivos é uma atividade jurídica, que deve observar critérios técnicos e objetivos. Por terem natureza de precedente administrativo, os acordos substitutivos devem ser aplicados com base em critério jurisprudencial. A autoridade administrativa deve vincular determinadas cláusulas dos acordos a determinadas condições fáticas da infração investigada e do

---

20 Lei n.º 9.784/1999, artigo 50.º. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais.

processo administrativo relacionado. Este critério compõe o que chamaremos aqui de *ratio decidendi* da celebração de acordos substitutivos.

No caso do CADE, já existem algumas regras que zelam pela isonomia entre diferentes TCCs. Por exemplo, o artigo 118.º de seu regimento interno impede que um TCC receba desconto da contribuição pecuniária maior que desconto concedido em TCC celebrado anteriormente, no mesmo processo<sup>21</sup>.

Além disso, o guia de TCCs do CADE conta com uma tabela pormenorizada de parâmetros que são utilizados pela autoridade – por exemplo, se os documentos apresentados pelo investigado comprovarem apenas parte da infração, o percentual de desconto será menor que na hipótese de documentos que comprovassem toda a infração.

Apesar de algumas regras do regimento interno e de alguns critérios não vinculantes previstos no guia de TCCs, sistematiza-se algumas sugestões abaixo.

Os critérios que podem ser utilizados, para manter a coerência na celebração de TCCs, podem ser divididos entre aspectos fático-econômicos e aspectos contratuais do acordo. Assim, as cláusulas dos TCCs estarão em consonância com o caso concreto investigado.

Os aspectos fático-econômicos a serem observados são (i) o tipo de infração praticada, (ii) a forma elaborada e organizada por meio da qual se praticou a infração à ordem econômica, (iii) a concentração do mercado envolvido, (iv) o porte e condição financeira do proponente do acordo e (v) a quantidade e substância de provas já existentes contra o proponente, no momento da propositura de acordo.

Os aspectos contratuais do acordo incluem (i) valor da contribuição pecuniária, (ii) reconhecimento de culpa ou participação na conduta investigada, (iii) obrigação de manter programa de *compliance* e (iv) cláusula de escopo.

A correlação entre estes dois tipos de aspectos deve ser feita com base em acordos já celebrados. Assim, a autoridade administrativa forma uma jurisprudência de uso de consensualidade.

No caso de cláusulas de escopo, como visto nos TCCs da Afrebras e da Minaspetro, uma possível correlação é entre o tamanho da entidade de classe e a contribuição dada pelo acordo. Quanto maior o número de associados,

---

21 Regimento Interno do CADE (Resolução n.º 22/2019), artigo 188.º. Nenhuma proposta realizada nos termos do artigo 186.º e artigo 187.º deste Regimento poderá prever redução percentual superior àquela estabelecida em TCCs já celebrados no âmbito do mesmo processo administrativo.

maior deve ser a contribuição do TCC à solução do caso, para que o acordo conte com uma cláusula de escopo.

#### 4. LIÇÕES DO CASO BRASILEIRO AO CONTEXTO EUROPEU

A discussão abordada acima não é inteiramente nova no âmbito europeu. O debate sobre coerência no uso de acordos substitutivos está mais maduro na Europa do que no Brasil, como se pode notar, por exemplo, de precedentes estudados abaixo, pertencentes à jurisprudência do Tribunal Geral do Tribunal de Justiça da União Europeia e do *Competition and Markets Authority* (“CMA”, autoridade de concorrência inglesa).

Entretanto, o fato de o debate europeu estar mais maduro que o brasileiro não impede que recentes dilemas surgidos no Brasil sejam aproveitados pelo direito concorrencial europeu, propósito central deste artigo.

A Europa se deparou com o dilema entre liberdade negocial da autoridade e limitações baseadas nos direitos dos compromissários em alguns precedentes. No caso *Printeos* (T-95/15), o Tribunal Geral anulou decisão da Comissão Europeia em procedimento de transação relacionado ao cartel dos envelopes (caso AT.39780).

A Comissão Europeia havia aplicado reduções aos montantes de base de coimas impostas às empresas participantes do cartel, para fins de proporcionalidade, mas tais reduções foram de diferentes percentagens entre as empresas condenadas.

Motivadas pela percentagem de redução menor que lhes fora dada em comparação a outras empresas condenadas, as recorrentes *Printeos* e *Tompla*, que haviam transacionado com a Comissão, apelaram da decisão desta autoridade, alegando insuficiência de fundamentação e violação ao princípio da igualdade de tratamento.

Em resposta às recorrentes, a Comissão defendeu que “*no âmbito de um procedimento de transação, o seu dever de fundamentação é menor, dado que as partes conheciam o processo, incluindo os elementos que a Comissão pretendia ter em consideração, e mantinham livremente conversações bilaterais para chegar a uma transação*” (T-95/15, *Printeos*, EU:T:2016:722, §53).

O Tribunal Geral anulou a decisão da Comissão, sob fundamento de que a decisão impugnada não havia fundamentado suficientemente o ajustamento

excepcional dado ao montante de base das coimas das recorrentes em comparação às demais empresas do caso<sup>22</sup>.

Por isso, embora o Tribunal Geral tenha evitado de analisar o princípio de igualdade de tratamento em detalhe, sua decisão considerou insuficiente a fundamentação que não demonstrasse uma justificativa objetiva ao tratamento diferenciado dado a alguns dos representados, mesmo que no âmbito de um procedimento de transação<sup>23</sup>.

Em outras palavras, para o Tribunal Geral, a fundamentação baseada apenas nas negociações bilaterais do procedimento de transação é insuficiente, devendo, portanto, haver um parâmetro comparável com o ajustamento do montante de base das coimas das demais empresas condenadas.

Deste precedente, extrai-se que o direito administrativo europeu considera a fundamentação da coerência de acordos substitutivos como um direito fundamental, mesmo em face das eficiências do procedimento de transação (Angeli, 2017). Nota-se, portanto, um cuidado maior da União Europeia para com um dever de coerência da Comissão Europeia na celebração de acordos.

Apesar deste entendimento nesta jurisdição, há precedente recente do Reino Unido que defende o outro eixo extremo deste debate, privilegiando a liberdade negocial dos procedimentos de transação em detrimento de um rigor por coerência na celebração de acordos. Trata de decisão da Suprema Corte britânica que afirmou que a coerência no uso de acordos substitutivos é um valor desejável, mas não absoluto (Garcia, *et. al.*, 2018).

No caso, as recorrentes Gallaher e Somerfield firmaram acordos de *Early Resolution Agreements* com o órgão persecutório da autoridade da concorrência inglesa, o *Office of Fair Trading* (“OFT”), em 2008, relacionados a investigação de condutas de fixação de preço de revenda no mercado de tabaco.

---

22 “Daqui resulta que, quanto à base desta fundamentação da decisão impugnada, nem as recorrentes estavam em condições de contestar utilmente o fundamento da abordagem seguida pela Comissão à luz do princípio da igualdade de tratamento nem o Tribunal Geral poderia exercer plenamente a sua fiscalização da legalidade relativamente ao respeito do referido princípio.” (T-95/15, *Printeos*, EU:T:2016:722, § 55).

23 Este entendimento acompanha a jurisprudência do Tribunal Geral do Tribunal de Justiça, e.g. T-456/10, *Timab*, EU:T:2015:296, § 72 e 74: “However, even in such a hybrid case, involving the adoption of two decisions with different addressees and following two separate procedures, at issue are participants in one and the same cartel, so that the principle of equal treatment must be observed. It is important to note that, according to settled case-law, that principle requires that comparable situations must not be treated differently and that different situations must not be treated in the same way unless such treatment is objectively justified. (...) in determining the amount of the fine, there cannot be any discrimination between the participants in the same cartel with respect to the information and calculation methods which are not affected by the specific features of the settlement procedure.”

As representadas Martin McColl Retail Group Ltd. e TM Retail Group Ltd. (conjuntamente, “TMR”) haviam conseguido, no curso das negociações de acordo, uma garantia do OFT de que eventual provimento de recurso de terceiro frente à decisão punitiva do OFT seria estendido à TMR.

Quando houve esta extensão de benefícios à TMR por fruto de recurso de terceiro, as recorrentes pleitearam também a extensão destes benefícios, com base no princípio de igualdade de tratamento, embora não tivessem apelado e não tivessem obtido garantia semelhante àquela dada à TMR no curso das negociações de acordo.

Em julgamento de 2018, a Suprema Corte britânica manteve a decisão do CMA e adotou perspectiva contratual sobre os acordos celebrados por esta autoridade, de forma que estes devem ser cumpridos mesmo que eventualmente violem a legítima expectativa do administrado por igualdade de tratamento<sup>24</sup>.

Para a Suprema Corte, as recorrentes haviam sido devidamente informadas da possibilidade de outras representadas lograrem êxito em eventuais recursos e, por isso, assumiram o risco de não se beneficiarem de recursos de terceiros ao não exigirem a extensão de efeitos, no momento da celebração do acordo com o OFT<sup>25</sup>.

Os dois precedentes analisados acima, um da União Europeia e outro do Reino Unido, demonstram que os desafios enfrentados pelo CADE e recentemente suscitados por força da nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro podem ser abordados de diferentes formas, a depender dos valores sopesados em cada sistema jurídico.

## 5. CONCLUSÃO

O dilema entre liberdade negocial e dever de coerência na celebração de acordos de colaboração por autoridades públicas transcende uma jurisdição, conforme demonstrado nos precedentes estudados neste artigo. A política

---

24 “Even accepting that there was a breach of a legitimate expectation of equal treatment in the failure to replicate the assurances given to TMR in 2008, that would not in itself provide a basis for financial remedy in relation to the events of 2012, nor the reversal of financial penalties which had by then been lawfully imposed on the respondents and accepted by them.” (UKSC 2016/0185, *Gallaher Group Ltd and others v. The Competition and Markets Authority*, § 42).

25 “All those who entered ER agreements were aware of the possibility that other parties would appeal and might be successful. That was a risk the respondents took. As *Vos LJ* said, they knew what they were doing and accepted it with their eyes open. TMR did not. They sought and obtained an assurance on which they claimed to have relied.” (UKSC 2016/0185, *Gallaher Group Ltd and others v. The Competition and Markets Authority*, § 44).

européia de defesa da concorrência já enfrentou este dilema, estando mais madura para enfrentá-lo do que outras jurisdições, sem prejuízo de aprender novos caminhos por meio de estudo comparado e *benchmarking* internacional.

No Brasil, o uso de acordos no âmbito da Administração Pública entra em um novo contexto. Seja pelo aumento do uso destes acordos nos últimos anos, seja pelos embates institucionais resultantes dos mesmos, a recente alteração da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro cria um novo contexto, devendo impactar o enforcement legal pela Administração.

A partir deste novo cenário, argumento que recaiu sobre os órgãos administrativos um ônus maior de coerência sobre a celebração de acordos substitutivos de sanção. Os acordos se aproximaram do conceito de precedente administrativo, embora não haja previsão legal expressa neste sentido e apesar do dia-a-dia da Administração ainda não ter incorporado este novo mandamento normativo.

A partir da investigação empírica do primeiro tópico, sobre TCCs celebrados entre o CADE e entidades de classe, sistematizou-se sugestões de critérios a serem observados para manter a coerência no uso de acordos substitutivos. Estes critérios se resumem em zelar por uma *ratio decidendi* dos acordos celebrados, na busca de formação de jurisprudência administrativa de consensualidade.

Esta racionalidade permite que outras jurisdições enfrentem dilemas sobre dever de coerência em acordos substitutivos com mais facilidade e evitem adotar abordagens casuísticas sobre acordos específicos. A observância de coerência no uso de acordos substitutivos é importante não apenas para a segurança jurídica dos administrados e o sucesso de uma polícia de defesa da concorrência, mas, também, para a preservação da legitimidade e confiança democrática nas instituições públicas.

## BIBLIOGRAFIA

ANGELI, Clio

2017 *General Court judgement on European Commission's settlement procedure*, disponível em: <https://www.nortonrosefulbright.com/de-de/wissen/publications/c93369ca/general-court-judgment-on-european-commissions-settlement-procedure> [consultado em 07.02.2020].

FYFE, Nicholas & SHEPTYCKI, James

2005 *Facilitating witness co-operation in organised crime cases: an international review*, disponível em: <http://library.college.police.uk/docs/hordsolr/rdsolr2705.pdf> [consultado em 31.01.2020].

GARCIA, Marta Isabel; WOODCOCK, Tony & DELAHEY, Anna Victoria

2018 “*No duty of equal treatment or fairness owed to those under a Competition and Markets Authority (“CMA”) investigation*”, 30 maio de 2018, disponível em: [https://www.shlegal.com/insights/no-duty-of-equal-treatment-or-fairness-owed-to-those-under-a-competition-and-markets-authority-\(-cma-\)-investigation](https://www.shlegal.com/insights/no-duty-of-equal-treatment-or-fairness-owed-to-those-under-a-competition-and-markets-authority-(-cma-)-investigation) [consultado em 07.02.2020].

LAINA, Flávio & LAURINEN, Elina

2013 “The EU cartel settlement procedure: current status and challenges”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, pp. 1-10, disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels\\_settlements/settlement\\_procedure\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels_settlements/settlement_procedure_en.pdf) [consultado em 26.12.2018].

LEORATTI, Alexandre

2018 “*No Brasil, cada promotor público é uma república independente*”, diz *Sundfeld*”, 26 abril de 2018, disponível em: <https://www.jota.info/justica/carlos-ari-sundfeld-pl-7488-26042018> [consultado em 28.06.2018].

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo & Freitas, Rafael Vêras de

2018 “*A Lei 13.655/2018 e os novos paradigmas para os acordos substitutivos*”, 11 maio de 2018, disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-11/opiniao-lindb-paradigmas-acordos-substitutivos> [consultado em 26.06.2018].

MENDES, Guilherme

2018 “*No Carf, Câmara Superior nega aplicação de mudanças na LINDB a recurso*”, 26 junho de 2018 disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/carf-mudanca-lindb-27062018> [consultado em 28.06.2018].

PALMA, Juliana Bonacosi de

2014 “Acordos substitutivos dão mais eficácia ao direito da concorrência?”, in *Direito da regulação e políticas públicas*, pp. 186-239.

PICCOLO, Salvatore & IMMORDINO, Giovanni

2014 “*Organized crime, insider information and optimal leniency*”, disponível em: <http://www.hec.unil.ch/documents/seminars/deep/1606.pdf> [consultado em 31.01.2020].

SUNDFELD, Carlos Ari & CÂMARA, Jacintho

2011 “Acordos substitutivos nas sanções regulatórias”, in *Revista de Direito Público da Economia*, n.º 34, ano 09, disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/234216/mod\\_resource/content/1/Acordos%2%A0substitutivos%2%A0nas%2%A0san%C3%A7%C3%B5es%2%A0regul%C3%B3rias.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/234216/mod_resource/content/1/Acordos%2%A0substitutivos%2%A0nas%2%A0san%C3%A7%C3%B5es%2%A0regul%C3%B3rias.pdf) [consultado em 26.06.2018].

### **Documentos oficiais**

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Económica

2016 Guia de Termo de Compromisso de Cessaçã para casos de cartel, de maio de 2016, disponível em: [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17) [consultado em 13.01.2019].

2018 “*Cade se mantém entre as melhores agências antitruste do mundo*”. 11 outubro de 2018, disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-se-mantem-entre-as-melhores-agencias-antitruste-do-mundo> [consultado em 12.01.2019].

### **República Federativa do Brasil**

Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) [consultado em 30.06.2018].

Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (República Federativa do Brasil), disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/19784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19784.htm) [consultado em 30.06.2018].

Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011 (República Federativa do Brasil), disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm) [consultado em 28.06.2018].

Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015 (República Federativa do Brasil). Código de Processo Civil, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm) [consultado em 13.01.2019].

Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018 (República Federativa do Brasil), disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1) [consultado em 30.06.2018].

### **Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia**

Acórdão do Tribunal Geral do Tribunal de Justiça da União Europeia de 20 de maio de 2015, *Timab*, T-456/10, EU:T:2015:296.

Acórdão do Tribunal Geral do Tribunal de Justiça da União Europeia de 13 de dezembro de 2016, *Printeos*, T-95/15, EU:T:2016:722.

### **Jurisprudência Nacional**

Acórdão da Suprema Corte Britânica de 16 de maio de 2018, *R (on the application of Gallaher Group and others) (respondents) v. The Competition and Markets Authority (Appellant)*, UKSC 2016/0185.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

2017 Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), voto do Conselheiro João Paulo de Resende, Requerimento n.º 08700.003071/2017-35, Requerente: Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de Minas Gerais – Minaspetro, julgado em 06.09.2017.

2018a Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Termo de Compromisso de Cessação, Requerimento n.º 08700.006297/2017-98, Requerente: Associação dos Fabricantes de Refrigerantes do Brasil – Afrebras, julgado em 13.06.2018.

2018b Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), voto da Conselheira Cristiane Alkmin, Requerimento n.º 08700.006721/2016-13, Requerentes: Nakata Automotiva S.A. e Jorge Cerveira Schertel, julgado em 21.06.2018.