

Os processos administrativos do CADE são desenvolvidos no TADE – Tribunal Administrativo de Defesa da Economia, com o auxílio da Superintendência-Geral e do DEE – Departamento de Estudos Econômicos.

Eles se dividem em duas espécies: processo de apuração de condutas anticoncorrenciais e processo para controle dos atos de concentração.

O processo para apuração de condutas anticoncorrenciais equivale, somente em grau de comparação, ao processo penal, inclusive quanto as fases dentro do procedimento. Para se ter uma melhor dimensão, antes de o processo de fato se iniciar, a Superintendência pode instaurar um procedimento investigativo, seja o procedimento preparatório de inquérito ou um inquérito propriamente dito.

Os procedimentos preparatório de inquérito e inquérito propriamente são adequados para apurar informações sobre condutas anticoncorrenciais, diferenciando-se entre si quanto a quantidade e qualidade das informações já disponíveis.

O procedimento preparatório é adequado para situações em que os dados até então disponíveis pelo CADE são insuficientes sequer para abrir um inquérito. Equivaleria, portanto, à uma sindicância, uma introdução à investigação. É o que ocorre quando a Superintendência do CADE simplesmente recebe uma denúncia anônima de um cartel e não dispõe de mais nenhum dado a respeito. Ela instaurará um procedimento preparatório e, se for viável, evoluirá para um inquérito de fato.

O procedimento preparatório de inquérito dura 30 dias.

O procedimento de inquérito é adequado para situações em que a o CADE já tem uma boa gama de informações, mas precisa uni-las num documento. Tais dados podem derivar dum procedimento preparatório de inquérito ou de fontes independentes, o que significa que nem sempre o procedimento preparatório de inquérito irá anteceder o inquérito. Há situações em que o inquérito pode ser instaurado diretamente.

O procedimento de inquérito dura até 180 dias prorrogáveis por mais 60 dias, com o total de 240 dias.

Concluído o inquérito, a Superintendência tem 10 dias úteis para arquivar ou apresentar uma denúncia ao TADE, instaurado o processo administrativo.

Interessante apontar que a Superintendência é, ao mesmo tempo, que organiza e fiscaliza o inquérito, diferenciando-se um pouco da função clássica do Ministério Público em relação as polícias, cuja atribuição é fiscalizar, mas não presidir.

Durante o inquérito, a Superintendência pode requerer e até mesmo decretar medidas cautelares que visem preservar o resultado útil do processo ou afastar uma conduta lesiva em potencial. Aqui reside mais uma diferença, uma vez que o Ministério Público pode até requerer, mas jamais decretará medidas cautelares sem a intervenção do Poder Judiciário.

A decisão da Superintendência que impuser medida cautelar desafia um recurso direto para o TADE, apresentado no prazo de 5 dias, mas sem efeito suspensivo automático, uma vez que se presume a regularidade dos atos da Superintendência, dentro da lógica do regime jurídico administrativo.

Embora a Superintendência tenha poderes comparativamente mais amplos dentro do processo administrativo do que o Ministério Público disponibiliza no processo penal, é fato que nenhum dos dois órgãos podem superar, sozinhos, cláusulas de reserva de jurisdição. Caso a medida cautelar pretendida pela Superintendência implique em busca e apreensão em uma casa habitada, por exemplo, será necessário requerer o auxílio da Procuradoria Federal por meio de uma ação jurisdicional.

Nota-se que o auxílio é feito pela Procuradoria Federal e não pelo Ministério Público Federal, o qual se reserva na função de fiscalização, averiguando eventual responsabilidade civil coletiva ou criminal. O MPF, a princípio, atua como um vigilante do processo administrativo para apuração de condutas contrárias a concorrência, enquanto que a Procuradoria Federal pretende auxiliar jurisdicionalmente, quando for necessário executar uma decisão ou superar cláusula de reserva de jurisdição.

#### Ferramentas de despenalização

Tomando como inspiração as lições da Terceira Via do Direito Penal, em que a Justiça assume não só um papel punitivo, mas também restaurativo, os processos administrativos do CADE para controle de condutas anticoncorrenciais incorporaram duas ferramentas para evitar que a sanção seja o único resultado possível.

Estas ferramentas são o Termo de Compromisso de Cessação e o Acordo de Leniência.

O TCC – Termo de Compromisso de Cessação é o acordo apresentado pela Superintendência, com a aquiescência do acusado e homologação pelo TADE, que paralisa uma prática supostamente irregular sem implicar em confissão.

São três os requisitos para o TCC ? cessação de prática alegadamente ilícita, multa em caso de descumprimento do TCC e contribuição para o Fundo de Direitos Difusos.

O TCC se desenvolve como um negócio processual, a ser apresentado uma única vez na investigação ou no processo do TADE e, como todo negócio, exige a concordância do investigado para que o TADE possa homologar.

A simples apresentação da proposta não suspende o processo administrativo, o que só ocorre com a homologação e aprovação pelo TADE.

O acordo obedece a cláusula rebus sic standibus, o que permite ao CADE rever todas as condições do acordo a qualquer momento, desde que o faça de forma fundamentada. A razão

para essa cláusula é o dinamismo do mercado, exigindo que o TCC vá se adaptando.

Nota-se que o TCC é um instituto subjetivo, beneficiando apenas quem celebra o acordo. Uma vez aprovado, o TCC gera título executivo extrajudicial a ser executado pela Procuradoria Federal em caso de descumprimento.

O acordo de leniência, por seu turno, também é um negócio jurídico, mas com o objetivo de obter provas. Enquanto o TCC quer suspender o processo, o acordo quer alimentá-lo, trazer mais informações, daí a natureza do acordo de leniência apontar para um meio de obtenção de prova, e não prova. O acordo de leniência, por si só, não prova nada, mas traz informações que, estas sim, serão provas.

Esta diferença é fundamental porque não é possível condenar unicamente com base no acordo de leniência.

O acordo de leniência é apresentado pela Superintendência ou pelo Conselheiro Relator do TADE e, desde que tenha a concordância do investigado, será aprovado pelo TADE. A proposta é feita de maneira sigilosa para pessoas físicas ou jurídicas, no curso da investigação ou quando o processo já foi instaurado.

As informações obtidas pelo acordo de leniência serão úteis na medida em que forem objetivamente eficazes. Ser objetivamente eficaz é apontar bens, pessoas ou informações que de fato existam e estejam correlatados com a prática irregular. É preciso que a informação seja de fato uma fonte determinante para uma futura solução do conflito.

A recusa do investigado em colaborar não causará prejuízo para a defesa, pois não gera confissão. Na prática, a efetivação deste direito não é fácil, principalmente quando o investigado já concedeu as informações e depois se arrependeu do acordo. Em teoria, ele não é afetado, mas na realidade a situação é mais difícil.

Acordo de leniência e TCC são negócios jurídicos processuais, mas enquanto o TCC não tem confissão, mas paralisação da prática ilícita. O acordo de leniência exige a paralisação da prática ilícita e a confissão. É como se o TCC fosse uma espécie de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, enquanto que o acordo de leniência se aproxima da lógica da colaboração premiada.

Os benefícios do acordo de leniência variam entre a redução de um-terço a dois-terços da pena, até a efetiva extinção do processo administrativo, tudo variando conforme o valor das informações concedidas.

Naturalmente, a extinção da ação é o maior benefício, mas que exige quatro requisitos:

1. Ser o primeiro colaborador
2. Confissão e cooperação plenas
3. Cessação da prática ilícita
4. Falta de informações pelo CADE.

Uma vez que o acordo seja aprovado, o processo administrativo é suspenso e aguardará as informações objetivamente eficazes do colaborador.

Se o investigado aderir ao acordo e posteriormente o descumprir, ficará impedido de celebrar um novo acordo de leniência durante três anos.

O acordo de leniência é uma exceção ao princípio da independência das instâncias, pois da sua celebração é possível a suspensão da prescrição penal, enquanto que do seu cumprimento haverá a extinção da prescrição punitiva em matéria criminal. Entretanto, para que tenha de fato esse efeito, é indispensável que o Ministério Público Federal participe das negociações.

Portanto, o acordo de leniência afeta a prescrição administrativa e penal, enquanto que o TCC só influencia a prescrição administrativa.