

Contratação de consultoria técnica para elaboração de estudos sobre a utilização da autocomposição para a solução consensual de litígios no Direito da Concorrência de competência do CADE que estão na PFE/CADE.

Contrato Nº 000048/2023-0

TR 144411

PROJETO BRA\18\016

Antecedentes

A Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE – PFE/CADE é o órgão responsável pela consultoria, assessoramento jurídico e representação judicial e extrajudicial do CADE. Assim, a procuradoria toma as medidas judiciais solicitadas pelo Tribunal ou pela Superintendência-Geral do CADE, necessárias à cessação de infrações à ordem econômica ou à obtenção de meio de prova para a instrução de processos administrativos de qualquer natureza, assim como realiza audiências com magistrados e desembargadores, emite, sempre que solicitado pareceres nos processos de competência do CADE, promove a execução judicial das decisões e julgados proferidos pelo CADE, auxilia na elaboração e edição de atos normativos e interpretativos da autarquia, e promove acordos judiciais mediante autorização do Tribunal, entre outras atividades.

No que diz respeito a promoção dos acordos judiciais, a avaliação sobre a conveniência e oportunidade de um acordo passa por um exame compreensivo dos requisitos formais e materiais incidentes sobre este tipo de procedimento. Deve levar em consideração a própria política implementada pela autoridade administrativa e o impacto do acordo sobre os rumos dessa política.

Em despacho (Despacho nº 128/2006) que analisava o acordo judicial firmado entre CADE e Microsoft/TBS no Processo Administrativo 08012.008024/1998-49, foram lançadas as bases teóricas que informam o CADE, desde então, na sua prática de realização de acordos judiciais. Pela sua pertinência, vale transcrever trechos do referido Despacho:

É preciso ponderar se, ante o princípio de direito administrativo da indisponibilidade do interesse público, poderia o CADE celebrar acordo judicial, transacionando direitos e obrigações decorrentes de decisão proferida em processo administrativo sancionador.

A transação é a forma de extinção das obrigações pela qual as partes, mediante concessões mútuas, chegam a uma composição amigável para disciplinar seus interesses, prevenindo ou terminando litígio judicial e os contingentes a ele inerentes.

Em princípio, “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação” (art. 841 do Código Civil). Todavia, o legislador expressamente autorizou o Plenário do CADE a celebrar transações nos processos relativos a infrações contra a ordem econômica, nos termos da Lei 8.884/94:

(...)

Não passou despercebido ao legislador que, muitas vezes, o princípio da indisponibilidade do interesse público antes autoriza que proíbe a celebração de acordos processuais, uma vez constatado que de sua não celebração pode resultar o risco de perecimento ou de pouca eficácia da tutela.

Por essa razão, o legislador municiou o CADE de importantes e poderosos instrumentos para a efetivação da tutela dos direitos difusos e coletivos, que prescindem ou obviam o longo e tortuoso processo judicial, mediante solução negociada dos litígios, a saber: (i) Termo de Ajustamento de Conduta (Lei 7.347/85, com redação dada pela Lei 8.078/90), (ii) Termo de Compromisso de Cessação (Lei 8.884/94) e (iii) a transação judicial e extrajudicial (Leis 8.884/94 e 9.469/97).

Evidentemente, a solução negociada é superior à solução imposta, na medida em que elimina os custos associados à implementação, antecipando à sociedade os benefícios da tutela legal. Com efeito, muitas vezes a solução negociada dos processos administrativos que visam a aplicação da Lei 8.884/94, na medida em que obvia os custos e riscos inerentes à morosidade do trâmite judicial, pode se afigurar como uma alternativa para a implementação eficaz da política de defesa da concorrência.

(...)

Nos Estados Unidos, cerca de 90% dos casos de cartel (que têm natureza criminal) terminam com alguma forma de acordo processual - plea agreements ou plea bargain - assim como cerca de 90%

dos casos criminais federais. Nos últimos 5 anos, mais de 200 acordos processuais, em casos antitruste, foram celebrados nos Estados Unidos.

No caso do CADE, o art. 1º da Lei 9.469/97 deve ser interpretado à luz do art. 10, IV, da Lei 8.884/94, por força do que dispõe o art. 7º daquela lei:

(...)

Obviamente, à vista do princípio da indisponibilidade do interesse público, quando envolve direitos e interesses difusos e coletivos, o manejo dos instrumentos de solução negociada (TAC, TCC e transação) deve ser feito com redobradas cautelas, a partir de uma política delineada claramente e efetivos mecanismos de controle (check and balances).

Por essa razão que a Lei 8.884/94 exigiu que o acordo seja proposto pela Procuradoria-Geral, analisado pelo representante do Ministério Público Federal junto ao CADE (art. 12 da Lei 8.884/94) e aprovado pelo Plenário, composto de sete Conselheiros com mandato, nomeados pelo Presidente da República dentre cidadãos brasileiros maiores de 30 anos, de ilibada reputação e notórios conhecimentos jurídico e econômico, após sabatina pelo Senado Federal.

Este desenho institucional e procedimental confere ao CADE a necessária independência e legitimação para vocalizar o interesse público, no caso concreto, quanto à conveniência e oportunidade na celebração de acordo processual (TCC, TAC ou transação).

Portanto, a celebração de acordo processual (TCC, TAC ou transação) encontra-se na esfera de competência do Plenário do CADE como mecanismos válidos de implementação da política de defesa da concorrência.

Para atualização do que discutido acima é importante destacar que a Lei 12.529/2011 manteve a regra de que compete ao Plenário do CADE autorizar os acordos judiciais promovidos pela Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE (art. 15, VI). Tratando de questões materiais relacionadas à possibilidade genérica da realização de acordos judiciais, prossegue o então Procurador-Geral no despacho já mencionado:

Os estudos realizados nas décadas de 70/80 por processualistas brasileiros acentuando a importância da “instrumentalidade do processo” - influenciados, sobretudo, pelas lições de M. Taruffo (1968), Mauro Cappelletti e Vittorio Denti - determinaram a política legislativa da década de 90, quando se assistiu a uma verdadeira “onda modernizadora” em busca da efetividade da tutela, mormente dos direitos e garantias “sociais” ou de “terceira geração” (“direitos institucionais”).

O que se pretendia com este movimento reformador é “a abertura da ordem processual aos menos favorecidos da fortuna e à defesa de direitos e interesses supra-individuais, com a racionalização do processo”, que “quer ser um processo de resultados, não um processo de conceitos ou de filigranas”. Em outras palavras, o que se buscava é a efetividade do processo, sendo indispensável, para isso, “pensar no processo como algo dotado de bem definidas destinações institucionais e que deve cumprir os seus objetivos sob pena de ser menos útil e tornar-se socialmente ilegítimo”. “Não tem acesso à justiça aquele que sequer consegue fazer-se ouvir em juízo, como também todos os que, pelas mazelas do processo, recebem uma justiça tarda ou alguma injustiça de qualquer ordem”.

Em conferências que proferiu sobre o tema, assinalou o Professor Mauro Cappelletti ser muito fácil declarar os direitos sociais; o difícil é realizá-los. Daí que “o movimento para acesso à justiça é um movimento para a efetividade dos direitos sociais”, e a sua investigação deve ser feita sob três aspectos principais, aos quais denominou “ondas renovatórias”. A primeira refere-se à garantia de adequada representação legal dos pobres (defensorias públicas). A segunda onda renovatória visa à tutela dos interesses difusos ou coletivos. A terceira onda preocupa-se com fórmulas para simplificar os procedimentos e melhor votados ao resultado concreto.

A Lei 7.347/85, ao introduzir e disciplinar as ações coletivas no Brasil, criou importante mecanismo de defesa judicial dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, notadamente o meio ambiente, os direitos do consumidor, o patrimônio histórico, estético, turístico, e paisagístico, a livre concorrência e os direitos dos hipossuficientes.

A Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), elevando as relações de consumo a novo patamar ético, logrou implementar significativos benefícios aos cidadãos brasileiros, no que tange ao respeito à sua dignidade e boa-fé, à melhoria da qualidade de vida e aos direitos à informação,

proteção contratual e judicial e incolumidades física, moral e econômica. O CDC introduziu importantes e revolucionários mecanismos de proteção e efetivação dos direitos do consumidor em juízo, como a ação coletiva para tutela de interesses individuais homogêneos, a inversão do ônus da prova em favor do hipossuficiente e a criação do Termo de Ajustamento de Conduta (art. 113, § 6º, que acresceu o § 5º do art. 6º da Lei 7.347/85):

(...)

Nesse mesmo contexto, foi editada a Lei 8.884/94, que criou instrumentos judiciais e extrajudiciais para defesa da ordem econômica, em cumprimento ao comando constitucional de que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, § 4º da Constituição Federal). Ao mesmo tempo em que transformou o CADE em autarquia especial, tipificando as infrações por conduta anticompetitiva e estabelecendo o controle prévio de atos de concentração, a Lei 8.884/94 fez incluir a defesa da ordem econômica no rol dos direitos difusos (ou institucionais), protegidos pela Lei 7.347/85:

(...)

Não obstante as inovações legislativas citadas, a efetividade da tutela dos direitos difusos e coletivos, em razão da demora e démarches inerentes ao processo judicial, ainda está longe de ser uma realidade no Brasil. Mais de vinte anos passados desde a edição da Lei 7.347/85, são raríssimos os casos em que sentenças em ações judiciais coletivas transitaram em julgado, revertendo à sociedade os benefícios da tutela reparadora dos danos causados aos direitos e interesses difusos lesados.

Somos informados pela imprensa das inúmeras iniciativas dos legitimados para a ação civil pública – honras sejam feitas ao Ministério Público – para obter a reparação, em juízo, de danos causados aos direitos difusos e coletivos[1]. Embora possa gerar a sensação de que “algo está sendo feito”, com condenações vultosíssimas sendo cobradas, dados do Fundo Federal de Defesa de Direitos Difusos – para onde são vertidos os recursos das ações civis públicas propostas no âmbito da Justiça Federal em todo Brasil – revelam uma situação escandalosa: quase nenhuma dessas ações civis públicas atinge seu objetivo reparador, em termos de condenações efetivamente pagas ao FDD:

(...)

É claro que em muitos casos os resultados benéficos para a sociedade obtidos por meio da ação civil pública não são mensuráveis em valores monetários, como cominações de obrigações de fazer (cessar a prática lesiva), ou até preventivas (abster-se de causar o dano). Todavia, o reconhecimento de tal fato não justifica o resultado pífio de condenações efetivamente recolhidas ao FDD, de pouco mais de R\$ 2 milhões em 6 anos (média de R\$ 334.425,00 por ano).

Indiscutivelmente, esses dados revelam a absoluta inefetividade da tutela jurisdicional dos direitos difusos e coletivos no Brasil.

Embora não haja estudos demonstrando as causas correlacionadas com essa baixa efetividade da ação civil pública, é possível intuir – a partir de nossa experiência na militância nos foros judiciais – ser a principal a morosidade da tutela jurisdicional[2], decorrente das deficiências estruturais e administrativas do Poder Judiciário e da profusão de recursos e incidentes processuais inerentes ao devido processo legal.

Para acima e além de se buscar os responsáveis por este descalabro, o seu reconhecimento impõe aos operadores do direito – Judiciário, Ministério Público, órgãos públicos legitimados e terceiro setor - o comprometimento não apenas com reformas legislativas e administrativas, mas também com uma nova “postura” – mais aguerrida, desburocratizada, corajosa e criativa – em busca da efetivação dos direitos difusos e coletivos.

Um importante e poderoso instrumento para a efetivação da tutela dos direitos difusos e coletivos, que prescinde do longo e tortuoso processo judicial, são os mecanismos de solução negociada dos litígios, como o Termo de Ajustamento de Conduta (Lei 7.347/85, com redação dada pela Lei 8.078/90), o Termo de Compromisso de Cessação (Lei 8.884/94), a suspensão condicional do processo (Lei 9.099/95) e a arbitragem (Lei 9.307/96). Evidentemente, a solução negociada é superior à solução imposta, na medida em que elimina os custos associados à implementação, antecipando à sociedade os benefícios da tutela legal.

(...)

A tutela administrativa dos direitos difusos, em especial do “direito à higidez da ordem econômica”, também padece de enormes dificuldades para sua efetivação. Isso porque as decisões do CADE, como atos administrativos que são, estando sujeitas ao controle judicial, costumam demorar anos para serem efetivamente implementadas, graças a liminares concedidas initio litis.

Esse processo de progressiva “judicialização” da política de defesa da concorrência pode ser aferido pelo gráfico abaixo, que revela o aumento exponencial das ações judiciais envolvendo o CADE na Justiça Federal do DF:

(...)

Diante desse contexto, a solução negociada dos processos administrativos que visam a aplicação da Lei 8.884/94, na medida em que obvia os custos e riscos inerentes à morosidade do trâmite judicial, pode se afigurar como uma alternativa para a implementação eficaz da política de defesa da concorrência.

Embora não sejam justificativas suficientes, por si sós, a justificar a celebração do acordo processual, os dados acima a respeito da morosidade judicial e das dificuldades enfrentadas pela Procuradoria do CADE para efetivar judicialmente as decisões do Plenário merecem ser levados em consideração na avaliação da conveniência e oportunidade de sua celebração.

Passados alguns anos do contundente diagnóstico elaborado no parecer acima citado, muitas das suas observações permanecem atuais ou foram confirmadas pela experiência passada. De fato, a destinação de recursos ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos - FDD – responsável pela importante tarefa de buscar reparar o dano social decorrente de práticas ilegais - é ainda majoritariamente feita pelo CADE, correspondendo ao montante de **R\$ 548.250.394,11** em 2019, último ano antes da pandemia, cuja principal fonte de recursos são os TCCs, que representaram **81,19%** dos valores arrecadados.

Não obstante, o último Relatório Justiça em Números do CNJ sobre o tempo médio de duração do processo judicial – estimado em mais 10 anos – demonstra o efeito negativo provocado pela judicialização na punição e dissuasão de práticas ilegais identificadas pelo CADE.

Vistos em conjunto, os dados acima autorizam concluir pela importância de se ter uma política que, em algum grau, canalize as discussões em que haja possibilidade de solução negociada de um conflito potencial ou presente entre administração e administrado.

Quando há espaço legal para tal política e ela é exercida com prudência, então muitos conflitos são evitados e recursos humanos preciosos, além de tempo, são poupados e direcionados àquelas situações onde não existe espaço para a solução negociada, sendo necessária a coerção estatal para punição e dissuasão de práticas ilícitas. No entanto, **a solução negociada não deve ser considerada um fim em si**, sendo coerente apenas quando preserva o interesse público que a administração está legalmente obrigada a perseguir.

Inserido nesse contexto, o objetivo desta consultoria é a execução dos estudos sobre a utilização da autocomposição para a solução consensual de litígios no Direito da Concorrência, em especial nas decisões judicializadas que possuem grande impacto para do ponto de vista financeiro quanto de criação de precedentes. Desse modo, a consultoria contribuirá com o desenvolvimento institucional para lidar com o tema na atuação do Cade, pois em média desde de 2012 até 2021 mais de 30% das decisões do Cade que foram judicializadas tiveram decisões desfavoráveis, as outras apesar de favoráveis tiveram um longo percurso até a efetivação do julgamento do Plenário do Cade.

A contratação da consultoria técnica em tela está alinhada ao Planejamento Estratégico do Cade 2021-2024 (1ª Revisão), especialmente aos objetivos: OE1 – Assegurar a efetividade do controle de fusões e aquisições; OE2 – Garantir eficiência no combate a cartéis e abuso de posição dominante; e OE4 – Exercer Liderança na agenda antitruste internacional, corroborando com a missão institucional de “zelar pela manutenção de um ambiente concorrencial saudável”.

Objetivos

A contratação da consultoria destina-se a propiciar ao Cade avaliação e aprimoramentos de alternativas possíveis de métodos consensuais e autocompositivos.

Espera-se também que, ao final da consultoria, o Cade seja provido de conhecimento robusto sobre a utilização da autocomposição para a solução consensual de litígios dentro das possibilidades de aplicação do Direito da Concorrência, que contribuirá com a atuação da autoridade antitruste na promoção de um ambiente econômico saudável no país.

Resultado 2	Subsídios à incorporação e disseminação de boas práticas, nacionais e internacionais, sobre formulação, implementação e avaliação da política pública de defesa da concorrência
Resultado 3	Subsídios ao aprimoramento de processos de trabalho e dos instrumentos de gestão e de governança
Resultado 5	Fortalecimento das ações de sensibilização da política de defesa da concorrência

Área Responsável

Procuradoria Federal Especializada (PFE)

Consultor Responsável

Diego Faleck

Data de início	10/07/2023
Data de término	08/01/2024
1º aditivo	10/07/2024

Cronograma de entregas atualizado

Produto	Descrição	Valor	Previsão de entrega	Status
1	Plano de trabalho e planejamento com cronograma detalhado, identificando as etapas a serem empreendidas para implementação dos produtos previstos, descrição das metodologias, indicadores e pontos de controle a serem desenvolvidos.	R\$ 5.100,00	24/07/2023	Entregue em 08/08/2023
2	Relatório de benchmarking relativo à utilização da autocomposição para a solução consensual de litígios no Direito da Concorrência das agências antitruste dos países da OCDE, BRICS e ICN, e modelos congêneres utilizados por agências reguladoras, órgãos e entidades da administração direta e indireta, estados e municípios.	R\$ 13.600,00	26/01/2024	Entregue em 27/03/2024
3	Relatório com arcabouço normativo, teórico e melhores práticas existentes sobre autocomposição para a solução consensual de litígios.	R\$ 12.750,00	10/01/2024	Entregue em 27/03/2024
4	Relatório de Partes relacionadas (stakeholders) com levantamento e avaliação das responsabilidades, condicionantes e eventuais impactos,	R\$ 17.000,00	26/01/2024	Entregue em 27/03/2024

	riscos e dificuldades dos <i>stakeholders</i> envolvidos para adoção da autocomposição na solução consensual de litígios no Direito da Concorrência.			
5	Proposta de Metodologia para a utilização da autocomposição nos casos identificados como prioritários, em temáticas/setores de grande impacto e de grande relevância.	R\$ 11.050,00	02/02/2024	Entregue em 27/03/2024
6	Relatório Final do Projeto com avaliação detalhada do quadro legal e regulatório, verificando os potenciais benefícios resultantes da implementação da autocomposição para a solução consensual de litígios no Direito da Concorrência, com propostas de recomendações para aprimoramento do quadro legal e regulatório, tais como: Resoluções, Portarias, Guias, entre outros.	R\$ 21.250	23/02/2024	Entregue em 27/03/2024
7	Capacitação com a transferência de conhecimento aos Servidores do Cade, incluindo a produção de um relatório com exposição do material guia.	R\$ 4.250,00	11/03/2024	Entregue em 27/03/2024
Valor Total		R\$ 85.000,00		