

---

## NEGOCIAÇÕES PRODUTIVAS: ANÁLISE NO ÂMBITO DOS PROCESSOS DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE SOB O PRISMA DA LEI 12.529, DE 2011

---

*PRODUCTIVE NEGOTIATIONS: ANALYSE OF THE PROCEEDINGS WITH  
CEASE CONDUCT COMMITMENTS ACCORDING TO THE ANTITRUST  
LEGISLATION UNDER LAW 12.529/2011*

*Cristina Campos Esteves*

*Procuradora Federal em exercício na Procuradoria Federal Especializada junto  
ao CADE. Doutora em Geociências pela Universidade de Campinas – Unicamp.  
Especialista em Administração Pública de Minas pela Escola de Minas de Paris –  
Paristech, Especialista em Direito da Concorrência pela FGV.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Compromisso de Cessação na Lei 12.529, de 30 de novembro de 2012; 2 Fatores que Interessam ao Alcance de Negociações Produtivas; 2.1 Interesses; 2.2 Alternativas; 2.3 Opções; 2.4 Legitimidade; 2.5 Compromissos; 2.6 Relacionamento; 2.7 Comunicação; 2.8 Outros Elementos; 3 Conclusão; Referências

**RESUMO:** Este artigo trata do processo de negociação no âmbito dos Termos de Compromisso de Cessação previsto pela legislação antitruste, em especial no que tange aos aspectos trazidos pela Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Inicialmente abordaremos o significado do TCC e as alterações inauguradas pela Lei Antitruste. Em um segundo momento, estudaremos os pontos necessários ao alcance de uma negociação produtiva nos processos de compromisso de cessação, quais sejam: interesses, opções, legitimidade, compromissos, comunicação e relacionamento no âmbito dos processos de negociação realizados no Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Negociação. Compromisso. Cessação.

**ABSTRACT:** This paper discusses the negotiation process as to the Cease Conduct Commitment, hereby CCC, foreseen in the antitrust legislation, particularly about the aspects of the law 12.529/2011, of November 30, 2011. At first the meaning of CCC and the changes made by the new antitrust law will be approached. Second, there is the study of the necessary aspects for a productive negotiation at the proceedings with CCC, namely: interests, options, legitimacy, commitments, communication and relations of negotiations in CADE's proceedings.

**KEYWORDS:** Negotiation. Commitment. Cease Conduct.

## INTRODUÇÃO

A negociação vem se afirmando, mais a cada dia, como uma forma eficaz de solução de conflitos não só na esfera privada, mas agora no âmbito da Administração Pública, seja no âmbito de processos administrativos ou controvérsias judicializadas.

No âmbito da legislação antitruste, o Termo de Cessação de Compromisso, que já era previsto na Lei 8.884, de 1994, restou confirmado pelo legislador como instrumento da política pública antitruste pela Lei 12.529, de 2011. Este segundo diploma, que redesenhou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, trouxe novas características ao TCC como instrumento de solução de controvérsias.

Este artigo tem por finalidade analisar a moldura normativa dos acordos de compromisso de cessação na nova Lei Antitruste num primeiro momento e, posteriormente, identificar os fatores práticos que importam ao sucesso de um processo de negociação segundo o Programa de Negociação da Harvard Law School.

### 1 O COMPROMISSO DE CESSAÇÃO NA LEI 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2012

A negociação de Termo de Compromisso de Cessação (TCC), prerrogativa anteriormente prevista no art.53 da Lei 8.884, de 1994, foi uma vez mais prestigiado pelo legislador no art.85 da Lei 12.529, de 2011, a nova lei antitruste.

Instrumento cuja importância vem crescendo a cada dia para composição de conflitos concorrenciais no âmbito do Estado, o TCC cumpre três importantes funções: uma função repressiva da infração investigada, por meio da imposição de obrigações ao representado; uma função preventiva, por meio da paralisação dos danos advindos da infração e; ainda, uma função educativa do mercado, considerando que os termos firmados são publicados no sítio do Cade<sup>1</sup> constituindo precedentes para negociações futuras.

A celebração do TCC permite ao Cade paralisar, de forma imediata, a prática que infringe a livre concorrência, com óbvio benefício à coletividade titular dos bens econômicos objeto da tutela do Estado, poupando recursos e tempo de ambas as partes. O acordo materializa, portanto, o princípio constitucional da eficiência<sup>2</sup>.

1 Art.85, parágrafo 7º, da Lei 12.529, de 2011.

2 Art.37, caput, da Constituição da República de 1988.

O reconhecimento expresso de que o Compromisso de Cessação é considerado um instrumento benéfico ao controle antitruste encontra-se na ampliação das fases processuais em que admitido o acordo pela nova lei. Anteriormente, na vigência da Lei 8.884, de 1994, era possível ao Cade firmar o acordo com o infrator *até o início da sessão de julgamento do processo administrativo relativo à prática investigada*<sup>3</sup>. No novo diploma publicado em 2011, o governo vetou expressamente a norma que viria a ser o parágrafo 3º do art.85 que limitava a propositura de celebração do acordo *até o encerramento da instrução do processo administrativo*<sup>4</sup>.

A celebração do Compromisso de Cessação com o Representado no processo administrativo é prerrogativa atribuída ao Cade pela lei. A discricionariedade está presente tanto na avaliação da conveniência e oportunidade em se instaurar um processo de negociação em relação a determinado feito, bem como, uma vez instaurada a negociação, em relação ao conteúdo das cláusulas que comporão o acordo. A dupla avaliação da fase em que se encontra o processo (oportunidade) em conjunto com circunstâncias ligadas ao mérito da conduta (conveniência) é análise que pode apresentar resultados infinitamente diferentes, indicando mesmo que a composição pode não ser a melhor opção para repressão e prevenção em relação a determinada prática antitruste.

O Conselheiro-Relator não terá qualquer incentivo em instaurar um processo de negociação, caso a proposta do representado esteja alicerçada em parâmetros consideravelmente distantes do entendimento jurisprudencial da autarquia ou de sua própria convicção *in casu*, na hipótese de o feito já estar pronto para inclusão em pauta de julgamento. Entender que, em situações como esta, o Cade estaria vinculado a instaurar um processo de negociação, limitando a discricionariedade do Estado ao conteúdo das cláusulas do termo, é admitir que o processo de negociação possa ser estendido desnecessariamente no tempo com o desperdício de recursos públicos. Nem sempre a proposta apresentada pela parte atingirá o conteúdo mínimo esperado pelo Conselheiro-Relator para instauração de um processo de negociação. Em verdade, entendemos que, nesta última hipótese, existe mesmo o dever do Conselheiro-Relator de indeferir *ab initio* a proposta, de modo a evitar o retardamento injustificado do julgamento do feito administrativo.

3 Art.53, parágrafo 3º, da Lei 8.884, de 1994.

4 Consta como razão do veto do parágrafo 3º do art.85 da Lei 12.529, de 2011, que: "Os dispositivos restringem a possibilidade de celebração de acordos à etapa de instrução dos processos, limitando indevidamente um instrumento relevante para atuação do Tribunal na prevenção e na repressão às infrações contra a ordem econômica.". Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/2011/lei-12529-30-novembro-2011-611850-veto-134383-pl.html>>. Acesso em 20 de setembro de 2012.

A possibilidade, em lugar de obrigatoriedade, de instaurar um processo de negociação ressaltou clara, ainda, de hermenêutica literal da norma jurídica que afirma que o *Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação e não deverá*. Reforça, ainda, este entendimento a norma objeto do parágrafo 13 do art.85 da Lei 12.529, de 2011, que prevê o indeferimento da proposta do Representado quando não houver acordo entre as partes.

No âmbito dos processos administrativos do Cade, é possível ao administrado propor a celebração de compromisso de cessação em: procedimentos preparatórios de inquérito, inquéritos administrativos ou processos administrativos<sup>5</sup>. A despeito de ter sido vetado o art.92 da Lei 12.529, de 2011<sup>6</sup>, o acordo em processos de controle de concentrações permanece possível, uma vez que a competência para “aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações (...)” foi mantida pelo legislador no âmbito daquelas elencadas no art.9º como as do Tribunal do Cade. Ainda no âmbito das competências listadas no art.9º da Lei 12.529, de 2011, é previsto no inciso X que ao Plenário do Tribunal compete “apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica, na forma desta Lei, fixando, quando entender conveniente e oportuno, acordos em controle de atos de concentração.” Assim, com fundamento nestas duas normas legais de competência, o Cade adequadamente disciplinou o acordo em atos de concentração no art.125<sup>7</sup> de seu Regimento Interno.

5 No âmbito da Lei 8.884, de 1994, era possível ao administrado propor a celebração de compromisso de cessação em qualquer processo administrativo cujo objeto fosse a investigação de prática anticompetitiva, quais sejam: processos administrativos *strictu sensu* e averiguações preliminares nos termos do art.129 do respectivo regimento interno. Os processos administrativos e as averiguações preliminares da Lei 8.884, de 1994, foram substituídos pelos: procedimentos preparatórios de inquérito, inquéritos administrativos e processos administrativos na Lei 12.529, de 2011.

6 Art.92. A Superintendência-Geral poderá, na forma previamente fixada pelo Tribunal, antes de impugnar a operação, negociar acordo com os interessados que submetam atos a exame, na forma do art.88 deste Lei, de modo a assegurar o cumprimento das condições legais para a respectiva aprovação. As razões de veto deste artigo são os mesmos apresentados na nota nº 5.

7 Art. 125. O Cade poderá receber propostas de Acordo em Controle de Concentrações (ACC) desde o momento da notificação até 30 (trinta) dias após a impugnação pela Superintendência-Geral, sem prejuízo da análise de mérito da operação.

§1º O ACC será autuado em apartado e apensado ao processo administrativo para análise de ato de concentração econômica.

§2º As propostas de ACC serão submetidas à aprovação pelo Tribunal.

§3º O ACC negociado na Superintendência-Geral deverá ser encaminhado ao Tribunal, para homologação, juntamente com a impugnação do referido ato de concentração.

§4º Em caso de falta de informações suficientes nos autos, para a análise da adequabilidade da proposta, ou em seu juízo de conveniência e oportunidade, o Cade poderá rejeitar o ACC.

A apresentação da proposta à Administração não tem o condão de suspender o trâmite do processo administrativo, situação que se concretizará quando da assinatura do termo pelas partes e tão somente em relação àqueles representados que o assinaram<sup>8</sup>.

Disciplinando a matéria, o Regimento Interno do Cade esclarece que cada representado de um mesmo processo há de apresentar em separado seu requerimento de compromisso de cessação, exceção feita àqueles que integrem o mesmo grupo econômico. Todavia, ao Conselheiro-Relator é possível decidir pela negociação conjunta de propostas distintas, hipótese em que o termo de cessação de compromisso será assinado individualmente por cada representado<sup>9</sup>.

A Lei faculta aos representados a apresentação de termo de compromisso de cessação uma única vez<sup>10</sup>, o que representa um incentivo ao administrado em apresentar a melhor proposta possível. Caso a proposta seja indeferida ou dela desista o proponente<sup>11</sup> durante o andamento das negociações, não haverá oportunidade para apresentação de uma segunda proposta ao Cade. Esta norma ressalta a importância do processo de negociação, que poderá durar, no máximo, 60 dias<sup>12</sup>. Durante o prazo de negociação, ambas as partes, Cade e representado (s), devem estar atentos a alguns elementos que compõem todo processo de negociação e são responsáveis pela obtenção de um termo de compromisso que atenda aos interesses de ambas as partes. Os elementos aludidos serão abordados na segunda parte deste artigo detalhadamente.

---

§5º Na elaboração, negociação e celebração do ACC, a Superintendência-Geral e o Conselheiro-Relator poderão solicitar a assistência de quaisquer órgãos que compõem o Cade.

§6º O Cade, a seu juízo de conveniência e oportunidade, poderá determinar que atividades relacionadas ao cumprimento do ACC sejam realizadas por empresas de consultoria ou de auditoria, ou outra instituição independente, às expensas da(s) compromissária(s). 42

§7º Aprovada a versão final do ACC pelo Plenário do Tribunal, será a compromissária intimada a comparecer ao Tribunal do Cade, perante o Presidente, para proceder à sua assinatura.

§8º O ACC será assinado em uma via original destinada a cada compromissária e outra para os autos.

§9º No prazo de 5 (cinco) dias de sua celebração, versão pública do ACC será disponibilizada no sítio do Cade ([www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br)) durante o período de sua vigência.

§10. Anotar-se-á na capa do processo administrativo para análise de ato de concentração econômica a existência de ACC.

8 Art.85, parágrafo 9º, da Lei 12.529, de 2011.

9 Art.184, parágrafo 5º, do Regimento Interno do Cade.

10 Art.85, parágrafo 4º, da Lei 12.529, de 2011

11 Art.183, parágrafo 4º, do Regimento Interno do Cade.

12 Nos termos do art.183, caput e parágrafo 1º, do Regimento Interno do Cade, o processo de negociação terá a duração de 30 dias, prorrogáveis por igual período.

Inovando em relação ao diploma anterior, a Lei 12.529, de 2011, assegura a intervenção de terceiros titulares de direitos ou interesses que possam ser afetados pelos termos do acordo, e àqueles legitimados à propositura da ação civil pública, no processo de compromisso de cessação<sup>13</sup>. Da forma como prevista na lei, a intervenção de terceiros no processo administrativo antitruste é uma faculdade da parte sujeita a decisão discricionária do Superintendente-Geral ou do Conselheiro-Relator. Nem sempre a prática de atos no âmbito dos processos antitruste se apresentará conveniente e oportuna à instrução processual e/ou à defesa dos interesses coletivos. Imagine-se um processo cuja instrução encontra-se finalizada e o Conselheiro-Relator já tenha firmado seu convencimento, estando o feito pronto para inclusão em pauta para julgamento. Neste caso, apenas na rara hipótese de um terceiro deter informações ou provas relativas a um fato relevante que venha a desconstituir a higidez do conjunto probatório, estará presente a conveniência e oportunidade de sua intervenção, sendo legítimo e legal o indeferimento do pleito de intervenção em algumas hipóteses.

Regulamentando o assunto, o Regimento Interno do Cade, de forma análoga à lei, previu que a intervenção de terceiros no processo de compromisso de cessação é decisão que integra a esfera discricionária do Conselheiro-Relator. Considerando a natureza de negociação do processo de TCC, o RI limitou a intervenção de terceiros a momento posterior à apresentação da proposta final pelo representado. A limitação criada pela norma regimental encontra sustentação em um dos principais elementos de todo processo de negociação, qual seja, a legitimidade. Este elemento, que decorre da condição de parte detida pelos Representados e pelo próprio Cade nos processos de TCC, não necessariamente será identificado na manifestação de terceiros que não integram qualquer dos polos processuais. Assim, não seria salutar ao desenvolvimento do processo de negociação a intervenção de terceiros durante o processo de negociação em razão da possibilidade de essa intervenção postergar ou impedir a materialização do acordo.

Ainda em respeito ao que foi acordado, caso algum terceiro apresente considerações sobre o termo final objeto do processo de negociação, o Conselheiro-Relator deverá facultar aos representados oportunidade de se manifestar sobre eventuais emendas propostas pelos intervenientes.

Suspensa o processo em decorrência da assinatura do termo de compromisso de cessação, uma vez declaradas cumpridas todas as obrigações assumidas pelos representados, será o feito administrativo

13 Art.85, parágrafo 15, da Lei 12.529, de 2011.

arquivado<sup>14</sup>. Lado outro, em caso de descumprimento de qualquer de suas cláusulas, o termo de cessação será objeto de execução judicial pela Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade, voltando a ter curso o processo administrativo de apuração da prática infrativa<sup>15</sup>.

## 2 FATORES QUE INTERESSAM AO ALCANCE DE NEGOCIAÇÕES PRODUTIVAS<sup>16</sup>

Em 2009 o Cade criou em sua estrutura o Grupo de Negociações cuja competência primária é a negociação de termos de compromisso de cessação em nome do Conselheiro-Relator do processo. Os membros do Grupo de Negociações do Cade são capacitados para que o Estado obtenha, ao final de cada negociação, um termo cujas cláusulas materializem as funções: repressiva, preventiva e educativa às quais aludimos no início deste artigo.

Cuidando-se a negociação de um processo prático, é também por meio da prática que aprendemos e nos aperfeiçoamos na técnica da negociação. Todavia, em meio ao processo de negociação, a preparação e a condução do diálogo devem considerar certos fatores sem os quais o objetivo final pode ser colocado em risco.

A chave para uma boa negociação encontra-se na preparação. Quanto mais os negociadores se preparam para o processo, maior será sua aptidão para criar valor e agir com liberdade durante a evolução do processo de negociação.

A identificação prévia de sintomas como: desconfortos, incertezas, oportunidades perdidas em negociações passadas, discussões adiadas, relações desgastadas e o diagnóstico de que os objetivos da negociação não se encontram suficientemente claros, de que a preparação do processo está parca, de que as habilidades do negociante são inadequadas, dentre outras dificuldades inerentes ao processo, aumentam a possibilidade de se atingir os objetivos pretendidos.

O processo de negociação é formado por fases que se dispõem em círculo, iniciando-se com a preparação, passando pela condução e atingindo o sucesso, ponto em que os negociantes devem retornar à fase preparatória e perguntar: Por que funcionou? Seria possível formular um guia de negociações para processos futuros?

14 Art.85, parágrafo 9º, da Lei 12.529, de 2011.

15 Nos termos do art.85, parágrafo 8º, da Lei 12.529, de 2011, o termo de compromisso de cessação tem natureza de título executivo extrajudicial.

16 Este tópico foi elaborado com fundamento no curso Program on Negotiation da Harvard Law School.

Sistematicamente, um bom acordo é aquele que representa uma opção melhor do que as alternativas que lhe eram possíveis no início do processo, que satisfaça seus interesses e da outra parte; que seja justo; que impeça a qualquer das partes sair do processo com o sentimento de que foi explorada e que ajude a construir relacionamentos como resultado de uma boa comunicação.

Segundo a teoria adotada pela Harvard Law School, todo processo de negociação envolve sete elementos sobre os quais se deve prestar atenção, quais sejam: interesses, alternativas, opções, legitimidade, compromissos, relacionamentos e comunicação.

Como os sete elementos encontram-se dispostos em uma negociação? Durante o processo de barganha, devemos buscar atingir nossos interesses de forma justa. No caso do processo de compromisso de cessação anteriormente previsto no art.53 da Lei 8.884, de 1994, e, atualmente, no art.85 da Lei 12.529, de 2011, o objetivo do Estado é a defesa e a preservação da livre concorrência no mercado relevante afetado pela prática.

Espera-se que o processo de TCC, ainda que não culmine em um acordo, proporcione o surgimento de um bom relacionamento entre os negociantes (Estado e administrado), de modo a preservar e construir positivamente a imagem do Conselho Administrativo de Defesa Econômica perante a sociedade, abrandando a forma fragmentada de atuação do Estado em decorrência da burocracia.

Para que os objetivos sejam atingidos, na elaboração de um compromisso de cessação, a Comissão Negociadora do Cade considera:

- (i) quais são os efeitos decorrentes do eventual julgamento do (s) processo administrativo (s) relativos à conduta negociada caso não seja atingido o acordo pretendido;
- (ii) quais são as possíveis opções para formatação do eventual acordo;
- (iii) quais são os compromissos que assumidos pelo administrado farão cessar a prática anticompetitiva e;
- (iv) qual a forma de comunicação e meios necessários a assegurá-lo.

Vejamos como os elementos que compõem o processo de negociação interferem nessas avaliações.

## 2.1 INTERESSES

Na análise dos interesses, a Comissão Negociadora considera as motivações eventualmente ocultas, os medos, as necessidades e os desejos que a apresentação de uma proposta de compromisso de cessação pode conter. Os interesses do Cade em cada caso concreto serão estabelecidos pelo Conselheiro-Relator do processo que investiga a infração, restando a Comissão atenta de modo a bem compreender quais são as prioridades em cada negociação.

Em um processo de negociação é necessário que identifiquemos não apenas nossas prioridades, mas estimemos também aquelas da (s) outra (s) parte (s) envolvidas no processo. Dentre os interesses em jogo, quais são comuns? Quais são apenas diferentes? Quais dentre os interesses das partes conflitam entre si? Em muitos casos é possível à Comissão Negociadora identificar diferenças estratégicas que sirvam para criar valor entre as partes.

Os negociadores devem buscar identificar *interesses* e não *posições*. Pergunta-se: *Por quê? Por que não? O que eles estão tentando alcançar?* É interessante dividir alguns dos seus entendimentos e interesses e pedir um *feedback* da outra parte. Do mesmo modo, em alguns casos a Comissão Negociadora externa opções e solicita críticas dos representantes do proponente, de modo a aproximar o diálogo entre as partes.

## 2.2 ALTERNATIVAS

No campo das alternativas, os negociadores do Cade ponderam o que se pode fazer se não alcançado o acordo junto à outra parte. Qual seria a *melhor alternativa se não alcançado o acordo* (BATNA – *Best Alternative to a Negotiated Agreement*)? Nesse ponto, a Comissão pesquisa a jurisprudência do CADE em relação a casos semelhantes, de modo a orientar o Conselheiro-Relator sobre o possível cenário, caso o TCC não seja realizado e o processo administrativo se encaminhe para julgamento.

Nesse ponto, é interessante notar que a favor do Cade sempre existirá a possibilidade de levar o feito a julgamento.

Discussões sobre o BATNA podem evidenciar os interesses em jogo e funcionar como um *brainstorm*. Diante da possibilidade de alteração do BATNA, pelo Conselheiro-Relator, durante o processo de negociação em razão do surgimento de novas circunstâncias, a Comissão Negociadora se apresenta sempre apta a discuti-lo e rediscuti-lo entre si e com o Conselheiro-Relator a cada rodada. Assim, é de suma importância

que a Comissão conheça os exatos limites de seu BATNA em cada fase de negociação e esteja preparada para usá-lo caso necessário.

### 2.3 OPÇÕES

Inicialmente, a Comissão de Negociação imagina quais arranjos satisfariam os interesses de ambos os lados para visualizar as opções de acordo. É possível que capacidades e recursos diferentemente detidos pelas partes possam ser objeto de troca, do mesmo modo que diferentes perfis de risco podem ser objeto de contratos de seguro ou cláusulas de auditoria ou de *compliance*, por exemplo.

Focar em opções que tragam ganho para ambas as partes e explorar diferenças aumenta a chance de se atingir um acordo satisfatório ao Estado e ao representado.

Identificadas as possíveis opções de acordo, estrategicamente a Comissão Negociadora se posiciona em favor daquela que seja a mais favorável ao interesse público pontuado pelo Conselheiro-Relator, fazendo concessões no menor ritmo possível.

### 2.4 LEGITIMIDADE

Para agregar legitimidade às propostas, a Comissão as apoia em precedentes validados pelo Plenário do Cade, princípios justos, opiniões de *experts* e dos próprios Conselheiros do Tribunal sobre o objeto negociado, que sejam favoráveis e tenham o potencial de definitivamente cessar a infração. No que tange aos precedentes invocados pela parte contrária, é importante contrastar integralmente o caso concreto citado com aquele em negociação, e não apenas em relação à variável eventualmente invocada. Em casos concretos, o precedente invocado pela parte contrária, com a finalidade de estabelecer um parâmetro de negociação, pode ser lhe favorável em relação a apenas uma das variáveis do acordo. Quando comparados todos os parâmetros de um precedente invocado com os dados do caso em negociação, pode-se chegar à conclusão de que os casos apresentam mais pontos de divergência do que em comum.

É importante que, ao se sentarem à mesa, as partes ostentem o mesmo grau de legitimidade. Quando isso se materializa na negociação, é possível que diante de impasses, uma das partes indique uma dentre as opções de acordo, sem que se tenha que retroagir no processo de negociação. Expressões como: *Deixe-me mostrar-lhe uma coisa...*; ou *Por que este número?* ou, ainda, *Deixe-me entender por que você deseja isto...* podem servir para proteção dos interesses próprios durante a negociação.

O uso de procedimentos justos é sempre desejável, assim como deixar-se persuadir pela outra parte em caso de esta apresentar uma solução que mereça atribuição de mérito.

## 2.5 COMPROMISSOS

Na fase de preparação a Comissão deve se perguntar quais os compromissos – orais ou escritos – deve assumir ou não durante e ao termo da negociação. Para a assunção de compromissos importa saber o grau de autoridade das partes. Em outras palavras, a parte deve se perguntar previamente à assunção de compromissos se possui autoridade para tanto e se a outra parte o possui.

No âmbito do Cade, as Comissões Negociadoras são nomeadas pelo Conselheiro-Relator e, do próprio ato de nomeação, decorre a legitimidade de seus membros para ingresso no processo.

Algumas vezes, a parte adversa tenta burlar a autoridade da Comissão procurando diretamente o Conselheiro-Relator na tentativa de flexibilizar algum ponto discutido no processo de negociação ou obter um compromisso mais favorável do que aquele obtido junto aos membros da Comissão. Nessa hipótese, o Conselheiro-Relator irá apenas reforçar a autoridade da Comissão por ele nomeada, rechaçando o artifício adotado pelo administrado em coerência com o próprio ato de nomeação.

A Comissão deve se questionar a cada negociação se existem mecanismos que podem ser utilizados ao longo do processo de negociação para troca de um compromisso por outro. Quais produtos podem ser utilizados como moeda de troca. Vale ter em mente que compromissos podem ser tanto procedimentais quanto substanciais.

É importante sempre considerar o BATNA antes de firmar compromissos.

Ainda sobre este ponto, a Comissão sobreleva a possibilidade de execução judicial do TCC caso este não seja cumprido voluntariamente. Nesse sentido, a Comissão Negociadora tem a opção de consultar previamente o Setor de Cumprimento de Decisões - SCD da Autarquia para investigar a exequibilidade das obrigações que constarão do termo de acordo.

## 2.6 RELACIONAMENTO

Este elemento do processo de negociação reflete o quanto as partes estão aptas a lidar com diferenças, de modo a fazer o processo avançar. Neste ponto, existe uma vantagem do Estado que sempre contará com a possibilidade de levar o processo administrativo a julgamento caso o

processo de negociação se apresente espinhoso ou evolua por caminhos cujo resultado não atenderá aos interesses da política antitruste.

Para preparação deste elemento, as partes devem se perguntar como é seu relacionamento com a outra parte naquele exato momento e como querem que este seja no futuro.

Um instrumento a ser utilizado na escolha dos membros da Comissão pelo Conselheiro-Relator é o perfil dos negociadores do Grupo de Negociações em conjunto com aqueles dos representantes da outra parte, caso essa informação seja acessível<sup>17</sup>. Ainda que o perfil dos negociadores da parte adversa seja desconhecido, o Conselheiro-Relator deve valer-se dos perfis dos integrantes do Grupo, tendo em vista seus objetivos em cada processo e TCC concretamente considerado.

Ainda sobre relacionamento, devemos buscar identificar quais são as principais preocupações da outra parte, de modo que seja possível a adoção de comportamentos que gerem emoções positivas.

Estrategicamente, na fase de preparação, devemos imaginar como seria o processo de negociação, considerando como centro cada um dos interlocutores de cada parte envolvida no processo para, em um segundo momento, ponderarmos as consequências e delimitarmos os papéis que serão assumidos durante o processo.

Conforme afirmamos no início deste tópico, apenas a prática permite a evolução em relação a este elemento da negociação. Todavia, é estratégico considerar que uma comunicação amistosa facilita a obtenção do acordo junto à outra parte.

## 2.7 COMUNICAÇÃO

O processo por meio do qual falamos sobre *interesses, opções, alternativas* entre outros elementos é a comunicação. Nesse item, a pergunta chave é: *O que queremos aprender com a outra parte?* Seja qual for a resposta, a postura de bom ouvinte será sempre uma boa estratégia.

Visto de outro lado, a parte deve perguntar-se o que gostaria que o outro negociante apreendesse, para depois enumerar quais informações gostaria de dividir e quais não.

Cada parte envolvida na negociação deve ponderar previamente quais são os pontos que deseja expor de forma clara à parte adversa, aqueles sobre os quais não se quer que parem dúvidas. Em relação a esses pontos, deve ser persuasiva na adoção de uma comunicação clara.

---

17 Eventualmente os representantes da parte adversa são conhecidos do Conselheiro-Relator ou dos membros do Grupo de Negociações do CADE em razão de negociações passadas.

A construção de uma agenda de reuniões (rodadas/fases), bem como identificação das pessoas que nelas tomarão assento, também integra o ponto *comunicação*. Deve-se traçar a seqüência de questões cujo debate se pretende em cada reunião, bem como qual será a abordagem e aonde se pretende chegar em cada uma dessas fases.

## 2.8 OUTROS ELEMENTOS

Ao lado dos elementos enumerados acima, algumas outras condições devem ser cuidadosamente avaliadas em um processo de negociação segundo a teoria da Escola de Minas de Paris<sup>18</sup>, dentre as quais encontramos: o *tempo*. Em geral subestimamos o tempo necessário a uma boa negociação, sendo de grande utilidade a elaboração de um calendário na fase de preparação.

Outro elemento importante é a *competência/expertise* por parte dos negociadores. Assimetria no conteúdo ou no nível de competência entre os representantes das partes que, de fato, irão sentar à mesa (que podem ser duas ou mais) pode gerar resultados indesejáveis a qualquer delas.

Elaborada a estratégia da negociação durante a preparação, passa-se à fase em que ela será colocada em prática: a *tática* que será empregada pela Comissão ou os tipos de movimentos que os negociadores irão adotar.

Nesta fase, a Comissão deve separar: os pontos que são inegociáveis (não podemos ou não queremos ceder); os pontos que são negociáveis (aqui a discussão é possível, ainda que não seja fácil) e aqueles que podem ser concedidos sem esforço (não nos custa nada ou tem importância irrisória).

Deloffre<sup>19</sup> propõe o seguinte caminho para escolha dos movimentos táticos levando em conta o conjunto de negociantes e o grau de negociabilidade dos pontos envolvidos na negociação:

NÓS/ELES	A <i>Inegociável</i>	B <i>Negociável</i>	C <i>Pode ser concedido sem esforço</i>
A <i>Inegociável</i>	6º Impasse (Arbitragem)	3º Ponto difícil (pouco rentável) contra...	1º Trocar um ponto <i>útil</i> por um ponto <i>útil</i>

18 Informações retiradas das aulas e materiais disponibilizados nas aulas do Prof. Guy Deloffre no curso de Administração Pública de Minas da Escola de Minas de Paris- Paristech.

19 Guia de Negociação escrito por Guy Deloffre, membro da ICN e professor da Escola de Minas de Paris no curso Administração Pública de Minas.

B <i>Negociável</i>	3º Um ponto difícil (pouco rentável) contra ...	5º Terreno de troca ou Negociação	2º Trocar um ponto <i>fácil</i> por outro ponto <i>fácil</i>
C <i>Pode ser concedido sem esforço</i>	1º Trocar um ponto <i>útil</i> por um ponto <i>útil</i>	2º Trocar um ponto <i>fácil</i> por outro ponto <i>fácil</i>	4º Pontos de somenos importância

O caminho tático/estratégico a ser adotado pela Comissão de Negociação, nos processos de cessação de conduta no Cade, são sempre apresentados previamente ao Conselheiro-Relator do caso, para aprovação prévia.

Iniciado o processo de negociação, a Comissão de Negociação permanece atenta para o fato de que os negociadores são homens e que possuem interesses próprios e distintos da parte que representam. Assim, busca respeitar e preservar a imagem que a outra parte tem do Cade como representante do Estado no processo de negociação sobre práticas que infringem a concorrência.

Envolver a outra parte no processo de busca de informação, falar das próprias emoções e fazer com que a outra parte também fale das suas emoções, jamais respondendo em cólera, são fatores que aproximam os negociadores, criando uma atmosfera favorável ao alcance de um acordo satisfatório a ambas as partes.

A atitude de falar de si mesmo, em lugar de falar da outra parte, costuma resultar em um trabalho *lado a lado* que interessa ao alcance de um acordo.

### 3 CONCLUSÃO

Na atualidade, o aumento do número de propostas de TCC apresentadas ao Cade mostra a crescente importância deste instituto como instrumento de solução de controvérsias no âmbito da Administração Pública.

O instituto do TCC foi reafirmado pelo legislador como um dos instrumentos da política antitruste ganhando novos contornos na Lei 12.529, de 2011, prometendo ser a cada dia uma ferramenta mais útil à materialização da eficiência do Estado.

A observância e atenção aos elementos que compõem os processos de negociação na fase de preparação das negociações potencializa as chances de alcance de acordos que a um só tempo atendam ao interesse público e aperfeiçoem a relação público-privada cuja saúde importa à defesa da ordem econômica.

## REFERÊNCIAS

ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; CORDOVIL, Leonor; DE CARVALHO, Vinícius Marques. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo. *Comentários à nova Lei de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Método, 2012.

TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste Brasileira: A lei 12.529/2011 comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012.

DELOFFRE, Guy. *Aula ministrada no Curso de Administração Pública de Minas de Paris – Paristech*. Fontainebleau, 2008.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. *Direito Antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PATTON, Bruce. *Setting the Stage for Productive Negotiations*. Aula ministrada no Program on Negotiation at Harvard Law School, 2010.

## LEGISLAÇÃO

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso: em 15 de setembro de 2012.

BRASIL. *Lei Federal nº 12.529, de 30 de novembro de 2011*. 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)>. Acesso: em 05 de junho de 2012.

BRASIL. *Lei Federal nº 8.884, de 11 de junho de 1994*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm)>. Acesso: em 05 de junho de 2012.