
Daniel Tobias Athias: Precificando acordos com o Cade

Os principais instrumentos atualmente utilizados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) no seu combate a cartéis são os acordos colaborativos celebrados com agentes suspeitos de terem cometido infrações, denominados Acordo de Leniência e Termo de Compromisso de Cessação (TCC). Por meio destes instrumentos, a Administração Pública e o agente privado realizam permuta consensual entre punição e colaboração com a autoridade em sua investigação, além da cessação da conduta sob escrutínio.

A utilidade destes instrumentos, criticados por amenizar (ou até extinguir) a punição dos infratores, decorre tanto da dificuldade em detectar este tipo de infração, quanto do interesse natural dos infratores em ocultá-la. Esta ocultação, aliada à dificuldade no alcance de requisitos mínimos para comprovação das práticas anticoncorrenciais, o que também pode ser denominado de *standard* probatório [1], torna a investigação e condenação de tais condutas árdua. Logo, o relato dos fatos anticompetitivos e a entrega voluntária de provas, além de permitir o conhecimento de condutas que, ao contrário, continuariam desconhecidas, geram eficiências na instrução processual, auxiliando nas investigações da autoridade competente.

A legislação e normas internas que regem estes acordos impõem diversos requisitos para a sua celebração, sendo os principais: a colaboração do agente privado na investigação, o reconhecimento da participação na conduta investigada (a depender do caso), a entrega de provas documentais e o recolhimento de uma contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos.

Especificamente quanto a este último requisito, inaugurou-se, a partir do segundo semestre de 2015, quando da nomeação de dois economistas (João Paulo de Resende e Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt) para o tribunal, riquíssimo debate sobre seu cálculo, o qual reflete a diferença metodológica [2] de juristas e economistas em sua análise. No caso, alegou-se que os valores e forma de cálculo estariam inapropriados, pois não corresponderiam aos danos à sociedade. Este posicionamento culminou em voto de não homologação [3] de acordo durante sessão de julgamento do Cade realizada em 27/7/2016, o que é algo inédito.

Considerando que a decisão de celebrar um acordo parte do juízo de conveniência e oportunidade da autoridade e do agente privado, o valor da contribuição pecuniária é um dos fatores sopesados nesta ponderação. De tal forma, as discussões recentes são de grande importância aos agentes possivelmente interessados nestes acordos; vez que um valor excessivo pode servir de desincentivo a este instrumento essencial, incentivando os agentes investigados a optarem pelo enfrentamento de um litígio administrativo e judicial. Portanto, é oportuno apresentar a forma como esta contribuição pecuniária é calculada e vem sendo analisada.

A natureza da contribuição, apesar de ser pouco explorada, pode auxiliar na análise do tema pela autoridade. Caso se entenda que a contribuição tenha natureza *punitiva*, deve haver maior relação com o método de aplicação de sanções e a ponderação entre culpabilidade/ gravidade/ reprovabilidade (isto é, dosimetria); de outro lado, caso se entenda que se trate de algo *compensatório* deve haver correlação direta com o impacto causado. A contribuição reúne tanto traços punitivos quanto compensatórios, vez

que: (1) não são todos os casos em que o pagamento de contribuição é obrigatório (por exemplo, abuso de posição dominante, condutas unilaterais); (2) o valor da contribuição, por lei, será estabelecido com base na multa esperada, compartilhando (multa e contribuição) a mesma base de cálculo; e (3) o valor não pode ser inferior à vantagem auferida, quando possível sua estimação.

Apesar da nomenclatura, acredita-se que a contribuição pecuniária tem maior aproximação com o caráter punitivo, vez que se estaria, em tese, substituindo eventual *multa* por uma *contribuição*. De tal forma, é imperativo que, no exercício da dosimetria, se atente às especificidades do caso. Igualmente, a esfera de responsabilização administrativa tem caráter sancionatório e não reparatório, o que concerne a responsabilização civil; ou seja, agentes prejudicados poderão ingressar em juízo pedindo reparação por danos sofridos.

O cálculo da contribuição pecuniária parte da conjugação de três fatores, a base de cálculo, a alíquota e o desconto.

A alíquota da contribuição é estipulada com base na extensão e gravidade da conduta, observados os limites estabelecidos por lei para a multa esperada, que são de 0,1% a 20% do faturamento bruto (artigo 37, I da Lei 12.529/2011) da empresa investigada. Apesar do amplo intervalo, o Guia do Cade sobre Termo de Compromisso de Cessação dispõe que a “referência inicial” da alíquota para casos de cartéis seria 15%, cuja porcentagem poderá ser reduzida ou elevada até o máximo previsto em lei, a depender de atenuantes ou agravantes. N  obstante, registra o Guia que, geralmente, a alíquota mínima adequada   de 12%.

O desconto dado ao proponente do acordo   estabelecido com base em uma conjugac o de fatores, que são o momento em que foi proposto e a extensão da colaborac o com as investiga es. No caso da leniência, celebrada com os primeiros agentes a reportarem uma conduta anticompetitiva,   atribuída uma reduc o de um a dois terc os ou isen o da multa esperada (artigo 86,  4 da Lei 12.529/2011). Nos TCCs, averiguar-se-  se o processo ainda se encontra perante a Superintendência-Geral ( rg o interno responsável pela instru o processual) ou se já remetido ao tribunal para julgamento; bem como a posi o do proponente em rela o   fila de agentes que desejam pactuar acordo[4]. No que tange   colaborac o,   verificada sua amplitude e utilidade para a instru o processual (por exemplo, se são reportados novos participantes na conduta, ou provas mais abrangentes das já produzidas; logo, maior será o desconto).

  na estipula o da base de cáculo, por sua vez, que reside o cerne dos debates recentes. A atual lei antitruste (Lei 12.529/2011) determina que a base de cáculo da contribuic o será o faturamento bruto da empresa (ou grupo econ mico) no ano anterior   instaura o do processo administrativo, no “ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infra o” (artigo 37, I), ressaltando ainda que a contribuic o não poderá ser inferior   vantagem auferida, quando possível sua estima o. Resta claro que a nova lei visou aproximar a base ao mercado afetado em que ocorreu o ilícito, ao contrário da lei anterior que não fazia essa delimita o[5].

De forma a definir o que constituiria o critério “ramo de atividade”, o Cade aprovou a Resolu o 3/2012, listando quais seriam estes ramos com base no Cadastro Nacional de Atividades Econ micas (CNAE), afirmando ainda, que, caso a infra o tenha ocorrido em mais de um destes ramos, somar-se-  o faturamento em ambos. Em muitos casos, ao verificar o faturamento das empresas e grupos, constatou-se

distorções e valores excessivos[6]. Na prática, poder-se-ia alegar que houve uma compensação da redução do intervalo de multa e do critério de faturamento no ramo afetado por uma ampliação na definição do que seria o próprio ramo.

Verificado este excesso na regra geral, e ante o caráter negocial deste acordo, onde há grau de discricionariedade da autoridade, o Cade adota critérios de “parametrização para fins de proporcionalidade” de forma a utilizar valores que, na análise do órgão, estariam mais condizentes com sua política, seja pela adoção de faturamento restrito ao mercado afetado pela conduta, ou, em casos de carteis internacionais sem receita no Brasil, o uso do faturamento virtual[7].

Contudo, os recentes debates vêm criticando estas parametrizações, alegando-se que os valores cobrados não seriam proporcionais ao dano causado e à extensão da conduta, defendendo-se serem necessários critérios de cunho mais econômico para dimensionar os danos. Neste sentido, os votos proferidos pelos conselheiros João Paulo e Cristiane no Requerimento de TCC 08700.001449/2010-02 criticam a adoção desta parametrização pela base de cálculo, por ter sido utilizado faturamento restrito ao produto e não ramo de atividade[8], e ressaltam a necessidade de alterar a postura de negociação destes acordos, os quais deveriam servir para reparar os danos sofridos e aumentar o caráter dissuasório dos valores aplicados[9]:

Com todo o respeito, há reservas quanto a este posicionamento. A sanção não guarda necessariamente relação com a reparação do dano, submetendo-se aos critérios de dosimetria. Além disso, o próprio cálculo do dano ou da vantagem auferida é extremamente custoso, podendo comprometer a eficiência administrativa da política de acordos. De tal forma, a observância dos critérios de dosimetria mostra-se mais apropriado para a política de acordos.

Tem-se que o Cade vem buscando os objetivos de celebrar acordos que tanto estimulem a cooperação das partes nas investigações que conduz, quanto desincentivem a prática de condutas anticompetitivas. Contudo, por mais que possa haver um desejo de impor multas maiores, com fundamento na reparação de danos, no caráter pedagógico e no desestímulo a futuras condutas, a atividade punitiva estatal deve estrita observância ao ordenamento jurídico. Isto implica a observância dos diferentes objetivos das esferas de responsabilização do administrado; pois se a intenção for a reparação dos danos, deverão as partes prejudicadas ajuizarem ações neste sentido.

Em conclusão, é preciso, ante o caráter consensual do acordo e a permuta realizada entre as partes, que seja observada a legalidade e a proporcionalidade, pois “[d]e nada adianta aplicar uma pena de multa no teto da legalidade para sugerir rigor na avaliação, mas cujo resultado possa traduzir ou um valor inalcançável ou a decretação do fim da empresa”¹⁰. Por mais que haja discricionariedade administrativa na negociação de acordos, esta não é plena e está vinculada à lei e a observância da isonomia ao jurisdicionado.

¹ “Portanto, prova importante é a existência de convergência expressa, verbal ou escrita, de vontades, e não a forma como essas vontades se expressam. (...) Recentemente essa tem sido a tendência da prática brasileira. Investigações de cartéis tem-se resumido à busca de prova de acordo. Em função disso, a disciplina só se enfraquece. De um lado, a *fattispecie* ganha definição formal e não sistemática. Torna-se

necessariamente restrita, pois passa a englobar apenas as hipóteses de acordo expresso e formalizado. De outro, para compensar essa restrição, a tendência é – e tem sido – ampliar enormemente aquilo que pode ser considerado prova de acordo. Sequer são necessários indícios.” in: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 565-566.

2 Neste ponto, vale a descrição caricata (na definição do próprio autor) de José Eduardo Faria da relação entre economistas e juristas: “No limite, os economistas que têm atuado em nosso governo formariam, segundo esses juristas, uma categoria profissional com uma visão de mundo desvinculada de uma medição moral e (por consequência) potencialmente autoritária, em face de um excessivo apego a uma *ética de convicção* – aquela segundo a qual a legitimidade dos fins justificaria a escolha dos meios. Já para os economistas que exerceram ou exercem suas atividades nos altos escalões do setor público, seus críticos seriam incapazes de colocar seu conhecimento técnico-profissional de caráter legalista e normativista a serviço de um Estado ‘finalista’ – como o brasileiro.” in: *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 13-15.

3 Trata-se do Requerimento n. 08700.001449/2015-02, o qual foi aprovado por maioria.

4 O art. 187 do Regimento Interno do CADE estabelece reduções percentuais de multa para os requerentes de TCC entre 30-50% para o primeiro agente, 25-40% para o segundo agente e até 25% para os demais. Nos termos do art. 189, “nenhuma proposta de TCC poderá prever redução percentual superior àquela já estabelecida em TCCs já celebrados no mesmo Processo”.

5 O art. 23 da Lei 8.884/1994 previa apenas que a base seria o “faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável”.

6 “Em relação à contribuição pecuniária exigida, deve ter por parâmetro a multa esperada. (...) Em casos de cartéis internacionais a jurisprudência tem sido considerar o faturamento exclusivamente no Brasil. (...) o ramo de atividade tem faturamento manifestamente maior do que o observado no mercado relevante da conduta investigada. (...) Tendo em conta estes fatores, considerarei mais proporcional e aderente à gravidade da infração objeto do processo utilizar como base de cálculo da contribuição o faturamento virtual no mercado relevante e não no ramo de atividade” Cons. Alexandre Cordeiro Macedo no Requerimento n. 08700.002026/2016-82.

7 Definido no Guia de TCCs como: “aplicação, sobre o volume total do mercado nacional, da participação de mercado mundial da Proponente”.

8 “Ainda que, a depender do caso concreto, possa haver justificativa para se proporcionalizar a dosimetria em função de a conduta ter ocorrido em um mercado de dimensão inferior à do ramo de atividade aplicável segundo a Resolução, tal proporcionalidade deve ser feita por meio da variação da alíquota, e não da base de cálculo, respeitando-se, assim, o comando da Lei e da Resolução. O intervalo

de discricionabilidade concedido à autoridade antitruste pela Lei 12.529/2011 é em relação à alíquota (0,1% a 20%) e não em relação à base de cálculo”. Cons. João Paulo Resende no Requerimento n. 08700.001449/2015-02.

9 “A ‘sanção ser uma função do dano’, ao meu ver, é o objeto de divergência (jamais discórdia) existente neste Plenário atualmente, o que faz ‘parte do jogo’ e é salutar. (...) Julgo, portanto, oportuno e conveniente termos visões distintas sobre a base de cálculo das sanções e contribuições, mas também considero oportuno e conveniente que esta discussão em particular comece a ser feita nesta Casa. (...) A sanção pecuniária, para ser redistributiva e dissuasória, sem embargo, precisa ser maior do que o dano causado pela conduta anticompetitiva. Assim, o cálculo do dano – ao meu ver, e respeitando quem pensa diferente – não é um luxo, mas uma total necessidade, em nome do aprimoramento do que é feito atualmente. (...) Neste sentido, desde que cheguei ao CADE tenho manifestado meu total incômodo com o fato de que as sanções (ou contribuições) pecuniárias não são relacionadas ao dano causado à sociedade por uma atitude anticompetitiva qualquer, o que requer o imprescindível uso do instrumental econômico e (muitas vezes) do uso de técnicas estatísticas.”. Cons. Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt no Requerimento n. 08700.001449/2015-02.

10 Cons. Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo no Requerimento n. 08700.001449/2015-02.

Date Created

08/09/2016