

ISSN 1022-4057

Português

English

Español



ECONOMIC ANALYSIS OF LAW REVIEW

abde
Associação Brasileira
de Direito e Economia

 Universidade
Católica de Brasília


EDITORA
universa

www.ealr.com.br

Economic Analysis of Law Review

Cartéis e Incentivos para o TCC

Tatiana de Campos Aranovich¹

Programa de Pós-Graduação em Direito, UFRGS

RESUMO

Este artigo busca analisar os Termos de Compromisso de Cessação de Prática - TCCs firmados entre agentes suspeitos de prática de cartel e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Primeiramente, realizamos breve introdução. Após, fazemos uma revisão do marco normativo sobre a matéria. A seguir, são examinados todos os TCCs envolvendo cartéis firmados desde a alteração legislativa de 2007 até setembro de 2010. Para o exame de tais dados, são três as análises centrais: uma interprocessual, outra intraprocessual e a última sobre incentivos. Em seguida, é estudada a experiência dos Estados Unidos e a da Comissão Europeia no estabelecimento de acordos semelhantes, em especial por meio do *consent decree* e do *direct settlement*. Finalmente, são abstraídas conclusões a partir dos resultados avaliados, particularmente acerca da estrutura de incentivos hoje ofertada aos agentes para a celebração TCCs no Brasil.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito; Defesa da Concorrência, Cartel, TCC, CADE.

JEL: K21, K29.

ABSTRACT

This article aims at analyzing the Brazilian Cessation of Conduct Agreement (acronymed TCC) established between agents suspected of cartel activity and the Administrative Council for Economic Defense (the Brazilian Antitrust Tribunal, acronymed CADE). First, it is made a brief introduction. Second, it is reviewed the legal framework related to the matter. Third, it is analyzed all TCCs involving cartel signed, since a new act was enacted in 2007 until September 2010. For assessing such data, three are the main analysis focused: inter-proceedings relations, intra-proceedings relations and incentives issues. Fourth, it is studied the experience acquired by the U.S. and the E.C. in settling similar cases, especially through consent decrees and direct settlement. Finally, some conclusions will be dropped from data assessment, particularly with regard to incentives provided to agents for signing TCCs in Brazil.

Key words: Law & Economics; Antitrust Law, Cartel, Cessation of Conduct Agreement (TCC), CADE.

R: 19/6/10 **A:** 22/3/11 **P:** 5/7/11

¹ A Autora agradece os comentários e contribuições de Luis Marcelo Berger, Victor Santos Rufino, Francisco Schertel Ferreira Mendes e, em especial, do Prof. Ivo Gico Jr., este sempre incansável em seu estímulo.

1. Introdução

A defesa da concorrência é um dos raros ramos do Direito em que fins jurídicos e fins econômicos tendem a um consenso. Em geral, nesse ramo, a solução hipoteticamente tida como lícita seria também a que simultaneamente promoveria a eficiente alocação de recursos e o incremento do bem-estar do consumidor. Não por outro motivo, a disciplina é apontada, juntamente com o direito da regulação, como um dos berços da Análise Econômica do Direito - AED e *locus* privilegiado de estudo dessa vertente.

No âmbito da defesa da concorrência e de suas funções repressivas, a persecução de cartéis tem sido destaque. A conduta anticoncorrencial é definida como “*acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólios*”². A infração remete ao conceito de colusão horizontal – não vertical (truste) – e refere-se tanto à colusão explícita como à tácita³. Seu enquadramento legal mais comum dá-se pela combinação do art. 20, inc. I e/ou inc. III⁴, com o art. 21, inc. II⁵, da Lei 8.884/94 - Lei de Defesa da Concorrência.

Segundo estimativas da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, a média de sobrepreços provocados pelos cartéis nos mercados onde atuam é de 15% a 20%⁶. (Organização, 2002) A conduta tem sido considerada como câncer do mercado aberto, e sua lesão, um ataque ao coração da principal virtude da atividade econômica, a concorrência. (Kroes, 2006) Modernamente, seu combate tem sido considerado “prioridade zero” das autoridades antitruste no Brasil e no mundo. Diante do consenso de que tal infração à ordem econômica possui os efeitos deletérios mais graves, a disciplina legal e sua execução pelas autoridades antitruste (*enforcement*) sofreram grave endurecimento no último decênio.

Assim, o presente trabalho propõe-se a estudar novas perspectivas brasileiras no plano do combate aos cartéis. Em específico, serão examinados os *settlements*, ou seja, as soluções acordadas de litígios. No Brasil, em que pese haver uma série de acordos possíveis, o foco privilegiado dessa pesquisa serão os Termos de Compromisso de Cessação de Prática - TCCs (art. 53 da Lei de Defesa da Concorrência) celebrados em casos de cartéis. Nesse intento, buscamos contribuir para a literatura no Brasil sobre o tema, a qual tem se focado na análise dos acordos de leniência firmados pela Secretaria de Defesa Econômica do Ministério da Justiça -

² Definição expressa na Resolução CADE 20/99, em seu Anexo I.

³ Há importante debate a respeito da possibilidade de colusão expressa e de colusão tácita no sistema jurídico brasileiro. No entanto, dado o foco de pesquisa desse trabalho, foge ao escopo análise sobre o tema. Para leitura a respeito, veja: Gico Jr. (2006).

⁴ “Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (...)

III - aumentar arbitrariamente os lucros;”

⁵ “Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...)

II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;”

⁶ A OCDE chegou a tal média por meio de pesquisa empírica com dados de 14 casos. No entanto, a Organização ressalva que “*At the very least, it seems clear that the gain from cartel agreements can vary significantly from case to case, and sometimes it can be very high*”.

SDE, relegando diminuta relevância aos acordos e termos celebrados no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, nos quais se incluem os TCCs.

Partindo-se da abordagem da AED para estudo dos aspectos microeconômicos envolvidos nas decisões estratégicas das partes em um processo, bem como da visão de Shavell de que o acordo é um dos estágios da litigância (Shavell, 2004), esta investigação analisará as sinalizações e os incentivos criados pelo CADE aos agentes⁷. À luz dos preceitos da experiência internacional, serão analisados os estímulos que estão sendo fornecidos aos supostos praticantes de cartel para a celebração de TCCs e, por consequência, seus reflexos na redução de custos sociais⁸. (Shavell, 1993) Neste estudo, terão especial cuidado as peculiaridades do caso brasileiro nos incentivos destinados aos agentes/partes racionais, em particular, em face dos parâmetros utilizados para fixação de contribuições pecuniárias e demais compromissos no âmbito dos TCCs. Por meio de análise empírica das decisões a partir da alteração legislativa de 2007 até o presente momento, ao final se avaliarão as perspectivas e possíveis cenários.

2. A sistemática do TCC

Os Termos de Compromisso de Cessação de Prática são acordos estabelecidos em processos nos quais se perseguem supostas infrações administrativas à concorrência. O intento desses *settlements* é obter um compromisso dos agentes de imediata cessão da conduta anticompetitiva e de seus efeitos lesivos, bem como acelerar o Processo Administrativo – PA e reduzir custos sociais, de forma a liberar recursos para a persecução e julgamento de outros casos. Ademais, os TCCs visam antecipar o efeito dissuasório pelo pagamento de contribuições pecuniárias e evitar a judicialização da matéria, a qual acarretaria delongas, incertezas e custos sociais adicionais.

Celebrado o Termo de Compromisso de Cessação de Prática e sendo cumpridas suas obrigações, o processo punitivo no CADE será extinto. Seus efeitos atingem assim somente a responsabilização administrativa. Vale recordar que, no Brasil, há três espécies de responsabilizações possíveis frente a prática de ilícito à ordem econômica: a penal, a civil e a administrativa. Enquanto as duas primeiras são apreciadas pelo Poder Judiciário, esta é julgada pelo CADE⁹.

O texto original da Lei 8.884/94 previa a possibilidade de serem celebrados TCCs para todas as condutas anticoncorrenciais, fossem estas cartéis ou outra infração. Em 2000, uma emenda foi feita à legislação por meio da Lei 10.149/00, a qual passou a proibir as autoridades antitruste de aplicar o instrumento do TCC a cartéis. Em política de enrijecimento do combate ao cartel, o art. 53 da Lei 8.884/94 adquiriu nova redação¹⁰ em 31 de maio de 2007, quando editada a Lei 11.482/07, e readmitiu os *settlements* em cartel. A matéria foi disciplinada também pela Resolução CADE 46/07, de 4 de setembro de 2007 (que trata do compromisso de cessação de prática anticompetitivas

⁷ Esclarecemos que não serão objeto de estudo desse trabalho questões específicas referente ao tema, a exemplo da discussão sobre a conveniência e oportunidade de se exigir confissão de culpa em todos os TCCs.

⁸ Seguiremos aqui novamente a visão de Shavell, que confere destaque a custos associado ao *enforcement*, incluindo a aplicação da lei e a imposição de sanções.

⁹ No entanto, a decisão do CADE poderá posteriormente também ser contestada em sede judicial, pelo princípio constitucional da inafastabilidade de apreciação de legalidade pelo Poder Judiciário.

¹⁰ “Art. 53. Em qualquer das espécies de processo administrativo, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que atende aos interesses protegidos por lei.” (Grifo nosso)

propriamente dito), pela Resolução CADE 51/09, de 4 de fevereiro de 2009 (que criou a Comissão de Negociação e incluiu a necessidade de manifestação da SDE frente à aprovação de minuta de TCC) e pela Resolução CADE 52/09, de 13 de maio de 2009 (que regulamentou a competência da Procuradoria do CADE - ProCADE para acompanhar o cumprimento dos compromissos).

A celebração de TCC inclui-se dentro de tendência moderna de resolução concertada de conflitos, privilegiando-se a composição em detrimento do litígio para a geração de sinergias positivas. No Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, o instrumento convive com outros que buscam igualmente o concerto: o Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação - APRO, o Termo de Compromisso de Desempenho - TCD, a transação judicial, o acordo de leniência e a leniência *plus*.

O APRO, o TCD e transação judicial não possuem relações substanciais com o TCC. Conquanto o APRO e o TCD sejam *settlements* igualmente firmados pelo CADE, estes instrumentos são destinados a casos de aprovação de atos de concentração (atividade preventiva do SBDC), e não a casos de conduta (atividade repressiva do SBDC), como o TCC. Já a transação judicial tampouco se confunde com o TCC, essencialmente porque aquela se dá no âmbito do Poder Judiciário, não do CADE.

Os acordos de leniência e a leniência *plus*, por seu turno, possuem maiores relações com o TCC, razão pela qual merecem análise mais atenta. O acordo de leniência é instrumento análogo ao da delação premiada. Por seu meio, o primeiro delator do esquema, o qual necessariamente deve confessar sua culpa, obtém imunidade penal e extinção da ação punitiva da Administração Pública (imunidade *total*)¹¹ ou redução de penalidades administrativas (imunidade *parcial*)¹², em virtude de jogos de barganha com a SDE para que forneça máxima colaboração nas investigações¹³. Já a leniência *plus* é a leniência possível no Brasil a agentes que batem à porta das autoridades antitruste depois do primeiro delator, ou, a depender do caso, a agentes que não tenham logrado, por ausência de requisitos necessários, a condição de qualificado para a leniência principal. Tais agentes poderão celebrar com a SDE, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a outro cartel do qual a SDE não tenha conhecimento prévio¹⁴.

Inobstante as aparentes semelhanças do TCC com a leniência e a leniência *plus*, o campo de aplicação de cada um é distinto.

Primeiro, os três instrumentos aplicam-se a condutas anticoncorrenciais, conquanto o TCC seja mais amplo, voltado a todas as infrações previstas na Lei 8.884/94, e as leniências e a leniência *plus* tenham como foco privilegiado o cartel.

Outra diferença reside no fato de que as leniências possuem efeitos na persecução tanto administrativa¹⁵ como penal¹⁶, enquanto o TCC, somente na administrativa¹⁷.

Uma distinção adicional é que os acordos de leniência e de leniência *plus* são assinados pela SDE¹⁸, e o TCC, pelo CADE¹⁹.

¹¹ Art. 35-B *caput* e §4º, inc. I, da Lei 8.884/94.

¹² Art. 35-B *caput*, §4º, inc. II e §5º, da Lei 8.884/94.

¹³ A despeito de previsão legal, não há registros até hoje no Brasil de celebração de um acordo de leniência que proporcione os benefícios da imunidade parcial.

¹⁴ Art. 35-B, §§ 7º e 8º, da Lei 8.884/94.

¹⁵ Art. 35-B, *caput* e § 8º, da Lei 8.884/94.

¹⁶ Art. 35-C da Lei 8.884/94.

¹⁷ Art. 53 e parágrafos da Lei 8.884/94.

¹⁸ Art. 35-B, *caput* e § 7º, da Lei 8.884/94.

¹⁹ Art. 53 da Lei 8.884/94.

Ademais, a candidatura para a leniência propriamente dita pode ocorrer antes ou depois de ser aberta a investigação na SDE, e a para a leniência *plus*, no curso de investigação ou de processo administrativo da SDE antes da remessa do processo para julgamento²⁰. Já o requerimento de TCC pode se dar desde a inauguração de averiguação preliminar ou processo administrativo na SDE até o início da sessão de julgamento do processo administrativo no CADE²¹.

Por último, distinção reside no requisito de compromisso de confissão de culpa e no de cooperação ou de colaboração com as autoridades antitruste. Ambos os quesitos constituem *conditio sine qua non* para a assinatura de acordo de leniência e de leniência *plus*. Já no TCC, primeiro, o compromisso de confissão de culpa será requisito obrigatória somente quando, no âmbito do cartel investigado, acordo de leniência tenha sido celebrado; segundo, o compromisso de cooperação ou colaboração não será requisito obrigatório em hipótese alguma.

O quadro abaixo esquematiza as principais características de cada um dos instrumentos:

Quadro 1 – Distinções entre acordos em condutas

	Acordo de Leniência	Leniência <i>Plus</i>	TCC
Fase para requerimento	Antes da investigação (imunidade <i>total</i>) ou após iniciada a investigação na SDE (imunidade <i>parcial</i>)	Durante a investigação na SDE e antes da remessa do processo para julgamento	Durante a investigação na SDE até antes da sessão de julgamento no CADE
Potencial agente beneficiário	O primeiro candidato à leniência	Os demais candidatos após o primeiro à leniência ou os candidatos que não tenham se qualificado	Qualquer dos Representados
Objeto	Obtenção de indícios e provas (colaboração) referentes ao cartel em investigação	Obtenção de indícios e provas (colaboração) de outro cartel, que não o já em investigação	Cessação da prática, simplifica�o do processo administrativo, antecipac�o do efeito dissuasório e redu�o dos custos sociais com processos administrativos e judiciais
Esferas de responsabilidade	Penal e Administrativo	Penal e Administrativo	Administrativo
Benefícios	- Imunidade penal - Extin�o do processo administrativo (imunidade <i>total</i>) ou a redu�o de 1/3 a 2/3 da multa administrativa (imunidade <i>parcial</i>), a depender da colabora�o	- Redu�o de 1/3 da multa administrativa no primeiro cartel - Todos os benefícios do acordo de leniência referentes ao segundo cartel	- Sem descontos evidentes na redu�o de multas administrativas
Obrigatoriedade de confessar a culpa	Sim	Sim	Somente na hipótese de já haver acordo de leniência
Obrigatoriedade de cooperar	Sim	Sim	Não

²⁰ Art. 35-B,   7 , da Lei 8.888/94.

²¹ A regra está no art. 53,   3 , da Lei 8.884/94, e art. 129, *caput*, do Regimento Interno do CADE.

O procedimento de assinatura de TCC resume-se ao seguinte: primeiramente, seja ao tempo da investigação na SDE, seja até o momento anterior à sessão de julgamento no CADE, a parte perseguida pela suposta prática de cartel pode apresentar uma²² proposta de Termo de Compromisso de Cessação de Prática. Para tanto, deve preencher os requisitos²³ previstos, entre os quais se destaca a proposta de contribuição pecuniária a ser paga. Após, o Conselheiro-Relator determina a abertura do prazo de negociações com a Comissão de Negociação do CADE, que será de 30 (trinta) dias, prorrogáveis por igual período²⁴. Ademais, a proposta e a celebração de compromisso poderão ainda ser analisadas pela SDE²⁵, além de pela ProCADE²⁶ e pelo Ministério Público Federal junto ao CADE²⁷, os quais emitirão todos pareceres não-vinculativos a respeito.

Findas as negociações, o TCC negociado será pautado pelo Conselheiro-Relator para julgamento pelo Plenário do CADE. Esclarecemos que tanto o Conselheiro-Relator como o Plenário do CADE têm só duas opções: aceitar em completo ou rejeitar em completo o texto negociado entre a Requerente e a Comissão de Negociação. A regra é a do *single undertaking* (“tudo ou nada”): não é possível, por exemplo, aceitar a minuta, porém determinar uma alteração de cláusula específica^{28 29}. Vale ressaltar que embora o compromisso possa ser formalizado em um documento conjunto, cada requerimento é tido como individual, assim como o compromisso firmado³⁰.

A celebração ou não de TCC pelo CADE é uma faculdade. A norma emprega os vocábulos “poder” e “juízo de conveniência e oportunidade”, os quais denotam a discricionariedade das autoridades em sua aceitação. Quanto à análise de “conveniência e oportunidade”, observamos que esta será pautada por critério “consequencialista”³¹. A decisão está associada às consequências que podem advir diante de duas alternativas: (i) celebrar o texto nos termos constantes da minuta final ou (ii) não celebrar e permanecer litigando administrativamente e judicialmente contra o proponente até a decisão definitiva sobre o caso³². Somente se trabalhará, então, com a proposta dada

²² Art. 129-B, *caput*, do Regimento Interno do CADE.

²³ Art. 129-A do Regimento Interno do CADE.

²⁴ Art. 129-D do Regimento Interno do CADE.

²⁵ Art. 129-D, parágrafo único, da Resolução CADE 46/2007 do CADE; e Art. 129-D, § 4o, do Regimento Interno do CADE.

²⁶ Art. 11, inc. V, da Lei 8.884/94.

²⁷ Art. 12 da Lei 8.884/94.

²⁸ Arts. 129, *caput*, 129-A, 129-C, 129-D e 129-F, todos do Regimento Interno do CADE.

²⁹ Depois de aceita a negociação, a versão final da minuta de TCC também obriga o proponente, que não pode dispor ao contrário, nem condicioná-lo, nem revogá-lo. Aprovada a versão final do TCC, o requerente será intimado a comparecer ao CADE para assinar. As regras estão previstas, respectivamente, no art. 129-F, § 1º, e no art. 130, § 2º, ambos do Regimento Interno do CADE.

³⁰ Art. 129-F, § 1º, do Regimento Interno do CADE.

³¹ Desde os primeiros TCCs em caso de cartel firmados (com as representadas Lafarge e Frigoi/LSA, respectivamente), o voto do Conselheiro-Relator ressaltava referido critério. No voto do Conselheiro Schuartz no PA 08012.011142/2006-79 (p. 2-3), por exemplo, o Relator consigna que: “(a) análise da conveniência e oportunidade da proposta deve, a meu ver, ser realizada a partir de um critério ‘consequencialista’ de decisão, *i.e.*, da valoração das consequências associadas à decisão de celebrar o TCC e à decisão de não celebrar o TCC tal como este se apresenta, contando-se a decisão de celebrar o TCC como ‘conveniente e oportuna’ do ponto de vista da Administração Pública se e somente se as consequências esperadas a ela associadas forem, *desse* ponto de vista exclusivamente, ‘estritamente preferíveis’ àquelas associadas à decisão de não celebrá-lo.” O voto está disponível no sítio eletrônico do CADE. Recuperado em www.cade.gov.br em 16 agosto 2010.

³² Ponderamos que as condenações do CADE tendem a ser levadas, pelas partes condenadas, à discussão em sede judicial. A decisão judicial definitiva tende a ser excessivamente morosa e envolta por incertezas no sistema jurídico brasileiro. Não obstante as peculiaridades do caso nacional, o estudo da preferência por acordos fora do Judiciário, para evitar

e seu contrafactual, ou seja, a condenação. Em hipótese de condenação, ainda se pode supor a provável judicialização da matéria, contexto no qual a transação judicial³³ seria possível.

No exercício dessa escolha, no entanto, há critérios que limitam a discricionariedade da decisão, haja vista a existência de requisitos que devem ser observados. Tais requisitos são a estipulação de: (i) compromisso do representado de cessar a prática; (ii) multa por descumprimento do TCC; (iii) compromisso de apresentação de relatórios periódicos de cumprimento do TCC; e (iv) contribuição pecuniária conforme o mínimo legal (art. 23 da Lei de Defesa da Concorrência) e seu recolhimento ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos – FDD.

Conforme previamente referido, em situação em que um dos envolvidos já tenha delatado o cartel e celebrado acordo de leniência com a SDE, o TCC requerido por qualquer um dos envolvidos no mesmo caso, independentemente de ser pessoa jurídica, pessoa física ou outros, deverá conter necessariamente reconhecimento de culpa³⁴. Em não havendo já a celebração do termo de leniência, a exigência de confissão de culpa é puramente discricionária e serve para conferir maior margem de negociações ao CADE³⁵. Por fim, outro compromisso que não representa requisito necessário, porém pode ser exigido como resultado de barganha negocial, é a possibilidade de colaboração nas investigações, incluindo o compromisso de não contestar a legalidade dos indícios e provas porventura obtidas pelas autoridades antitruste.

Com a celebração do TCC, o processo administrativo que investiga o cartel no CADE é automaticamente suspenso. A suspensão dá-se somente em relação aos representados que tenham firmado o compromisso³⁶. A mera apresentação de proposta de acordo não suspende o processo. Somente depois de findas as negociações, a homologação do texto final pelo Plenário do CADE produzirá esse efeito³⁷.

O cumprimento do TCC é monitorado durante toda a sua vigência pela Procuradoria do CADE³⁸. Transcorrido o prazo previsto no TCC, o parecer da ProCADE averiguará o cumprimento final das obrigações, de forma a subsidiar o voto do Conselheiro-Relator. A decisão final então é tomada pelo Plenário do CADE³⁹. Uma vez arquivado o TCC pelo seu total cumprimento, arquiva-se, automaticamente, o processo administrativo em relação à parte.

custos de carregamento dos processos e eliminar os riscos inerentes ao resultado da sentença, são igualmente alvo de preocupação de estudos de AED em outras jurisdições. Nesse sentido, por exemplo: Cooter & Rubinfeld (1989).

³³ A assinatura de acordos em sede de processo judicial visa evitar a procrastinação excessiva da eficácia das decisões do CADE, viabilizando seu efeito dissuasório e evitando o total perecimento do direito. Por meio de sua celebração, tende-se a conferir redução das penalidades aplicadas pelo CADE, em troca de compromisso da parte condenada de cumprimento das sanções e de desistência de suas ações judiciais. Conforme estimativa da Autora realizada pela análise de todas as transações judiciais já empreendidas pelas autoridades do CADE, as reduções de multa nos casos de transação judicial, incluindo estimativa de 20% para casos de renúncia a cobrança de honorários advocatícios, tende a girar em torno de 22,5%.

³⁴ Art. 129-G, do Regimento Interno do CADE.

³⁵ Como bem expôs o Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo no voto do PA 08012.011142/2006-79, em que denegou a proposta de TCC realizada pela parte (p. 19), a tese de que os compromissos de confessar culpa e de cooperação em TCCs deveriam ser obrigatórios “reduz o instituto do TCC ao papel de um segundo acordo de leniência, a exemplo de *plea bargaining* utilizados na jurisdição estadunidense”. O voto está disponível no sítio eletrônico do CADE. Recuperado em www.cade.gov.br em 16 agosto 2010.

³⁶ Art. 53, § 5º, da Lei 8.884/94.

³⁷ Art. 129, parágrafo único, do Regimento Interno do CADE.

³⁸ Antigamente, o órgão responsável era a Comissão de Acompanhamento de Decisões - CAD/CADE, ligada à Presidência do CADE. Atualmente, é responsável o Setor de Cumprimento de Decisões, ligado à ProCADE.

³⁹ Art. 130, § 5º, do Regimento Interno do CADE.

Resta extinta, assim, a responsabilidade administrativa do suspeito – porém poderão perdurar outras, tais como a penal e a civil.

Conforme já explanado, no bojo do Termo de Compromisso de Cessação de Prática, no lugar de multas, as partes acordam contribuições pecuniárias. Para a estimativa do *quantum* da contribuição, a regra é de que se deve levar em conta⁴⁰: (a) o momento da propositura do compromisso e (b) o mínimo legal do cálculo de multas⁴¹. Ademais, além das contribuições pecuniárias, podem se estipular como *remedies* obrigações de fazer e obrigações de não fazer⁴². Por fim, importante enfatizar que o TCC é um título executivo extrajudicial⁴³. Assim, as contribuições pecuniárias e obrigações estipuladas no instrumento são exigíveis da mesma forma como o são as multas e obrigações impostas em decisões condenatórias do CADE. Por essa razão, a celebração de TCC não poderia ser confundida como uma renúncia de receita das autoridades antitruste.

3. Análise dos resultados obtidos no Brasil

Como já explicado, a partir de 2007, a Lei 8.884/94 passou a facultar às autoridades de defesa da concorrência a celebração de *settlements* para a solução de casos de cartel. Estudaremos nesta seção o marco legal à luz da análise de casos concretos, ou seja, o exame de todos os TCC firmados envolvendo a cessação de supostos cartéis desde a alteração legislativa até a presente data.

Para nossa pesquisa, consideramos individualmente cada parte que firma TCCs dentro de um processo administrativo (seja empresa, administrador ou outras pessoas físicas, jurídicas e entidades previstas no art. 23 da Lei de Defesa da Concorrência)⁴⁴, de forma que cada compromisso seja considerado como um único. Com base nessa contagem, podemos concluir que, até o presente momento, 29 (vinte e nove) TCCs foram firmados pelo CADE envolvendo o ilícito do cartel. Esses instrumentos considerados individualmente referem-se, por sua vez, a

⁴⁰ Art. 129-E, do Regimento Interno do CADE.

⁴¹ O mínimo legal é o estabelecido no art. 23 e seus incisos, da Lei 8.884/94. Para empresas (art. 23, inc. I), o mínimo é de 1% (um por cento) do valor do respectivo faturamento bruto, excluídos os impostos, no ano anterior ao início das investigações. Para administradores, considerados direta ou indiretamente responsáveis pela conduta (art. 23, inc. II), o mínimo legal é de 10% (dez por cento) da multa aplicada à empresa. Por fim, outras pessoas (art. 23, inc. III) – incluindo as pessoas físicas que não podem ser considerados administradores, mas que tenham participação no cartel; e outras pessoas jurídicas, incluindo associações e sindicatos, e entidades sem personalidade jurídica que ao exerça atividade empresarial – a pena mínima será de 6 (seis) mil Ufirs. Em caso de reincidência, o valor das multas deverá ser dobrado. O mesmo art. 23, em seu inc. I, estabelece que a multa mínima não poderá ser inferior à vantagem auferida, “quando quantificável”. No entanto, a quantificação da vantagem nunca parece ser tarefa trivial na prática. Veja, a respeito, Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Divisão de Competição. (2002).

⁴² Em acréscimo às multas, a Lei 8.884/94 prevê a possibilidade de cominação de outras penalidades denominadas obrigações de fazer ou obrigações de não fazer. Tais sanções, previstas no art. 24, podem ser a obrigação de publicação da decisão condenatória em jornal de grande circulação por periodicidade determinada; a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e de participar em licitações por até cinco anos; a recomendação dirigida aos órgãos públicos para que não concedam aos infratores o parcelamento de seus tributos federais ou cancelem incentivos fiscais ou subsídios públicos; e/ou a determinação de cisão societária, transferência de controle, venda de ativos e cessação parcial de atividade.

⁴³ Art 53, § 4º, da Lei 8.884/94.

⁴⁴ Conforme já explicamos, a regra do art. 129-F, § 1º, do Regimento Interno do CADE e de que, embora o compromisso possa ser formalizado em um documento conjunto, cada requerimento é tido como individual, assim como o compromisso firmado.

compromissos estabelecidos dentro de 8 (oito) casos do mencionado ilícito, investigados no âmbito dos seguintes processos administrativos: PA 08012.011142/2006-79 (Cartel do Cimento e Concreto), PA 08012.002493/2005-16 (Cartel dos Frigoríficos), PA 08012.004674/2006-50 (Cartel das Embalagens Flexíveis), PA 08012.010932/2007-18 (Cartel das Mangueiras Marítimas), PA 08012.000820/2009-11 (Cartel dos Compressores Herméticos), PA 08012.007238/2006-32 (Cartel das Autoescolas de Campinas), PA 08012.001239/2004-10 (Cartel das Autoescolas de São José dos Campos) e PA 08012.003623/2009-53 (Cartel do Setor Avícola).

Ainda para a análise de resultados, foi feito o desmembramento dos números de TCCs firmados conforme o perfil do agente que o havia assinado e o escopo do cartel em que estava supostamente envolvido.

No estudo de casos concretos, três questões centrais serão examinadas: uma análise interprocessual, uma análise intraprocessual e uma análise dos incentivos.

3.1 Análise interprocessual

Para a realização do exame interprocessual, fizemos duas parametrizações.

Na primeira parametrização, todos os TCCs firmados com o CADE foram divididos conforme o escopo do cartel envolvido: (i) cartel *internacional* e (ii) cartel *nacional*.

Na segunda parametrização, separamos os agentes compromissários segundo os perfis de participantes do cartel, classificados segundo a gravidade de sua conduta e as multas que lhes são aplicáveis pela Lei 8.884/94: (i) *empresas*, enquadradas no art. 23, inc. I; (ii) *pessoas físicas* (administradores) enquadradas no art. 23, inc. II; (iii) *pessoas físicas* (não-administradores) enquadradas no art. 23, inc. III; e (iv) *associações, sindicatos e entidades* sem personalidade jurídica, enquadradas no art. 23, inc. III. O objetivo foi estabelecer uma régua, com uma métrica de comparação dos resultados envolvendo desde os principais agentes de cartel e sob os quais recaem as multas mais pesadas (ou seja, as *empresas*) até os agentes de menor participação e penalizados pela Lei de Defesa da Concorrência por sanções mais leves (ou seja, todos os condenáveis pelo art. 23, inc. III). O resultado desse exame interprocessual está apresentado no Gráfico 1 na página a seguir.

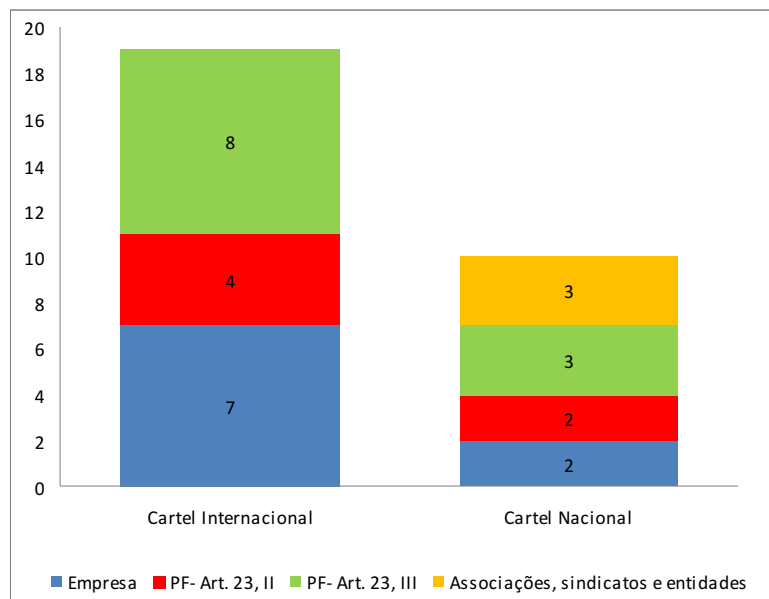
Conforme primeira camada de parametrização, ao se compararem os TCCs firmados no âmbito de cartel *internacional* com os em cartel *nacional*, observamos que as diferenças são significativas. Dos 29 instrumentos concluídos, **19** (dezenove) Termos de Compromisso de Cessação de Prática envolviam cartel *internacional* e **10** (dez) cartel *nacional*. Abstraímos assim que os TCCs até hoje firmados foram majoritariamente em processos de esquema de cartel *internacional*, ou seja, constituem aproximadamente **65%** das ocorrências.

Com base na segunda camada de parametrização, ao se desagregarem os números totais de cartel conforme os quatro grupos de compromissários, podemos detectar a mesma tendência. Do grupo de compromissárias das *empresas* que firmaram TCC, (total de 9 TCCs), 7 (sete) foram em casos de cartel *internacional*, o que representa um montante de quase **80%** desse perfil.

Interessante observar ainda que se isolarmos apenas os TCCs firmados em casos de cartéis *nacionais*, observamos que a grande maioria se concentra em casos menores e firmados por agentes que são penalizados pela Lei de Defesa da Concorrência por sanções mais leves. **60%** do total de 10 Termos de Compromisso de Cessação de Prática celebrados em cartel *nacional* envolvem *pessoas*

físicas não-administradoras, associações, sindicatos e entidades sem personalidade jurídica, todos participantes que se enquadravam na hipótese do art. 23, inc. III.

Gráfico 1 – TCCs em caso de cartel firmados no CADE (2007 a 2010*)



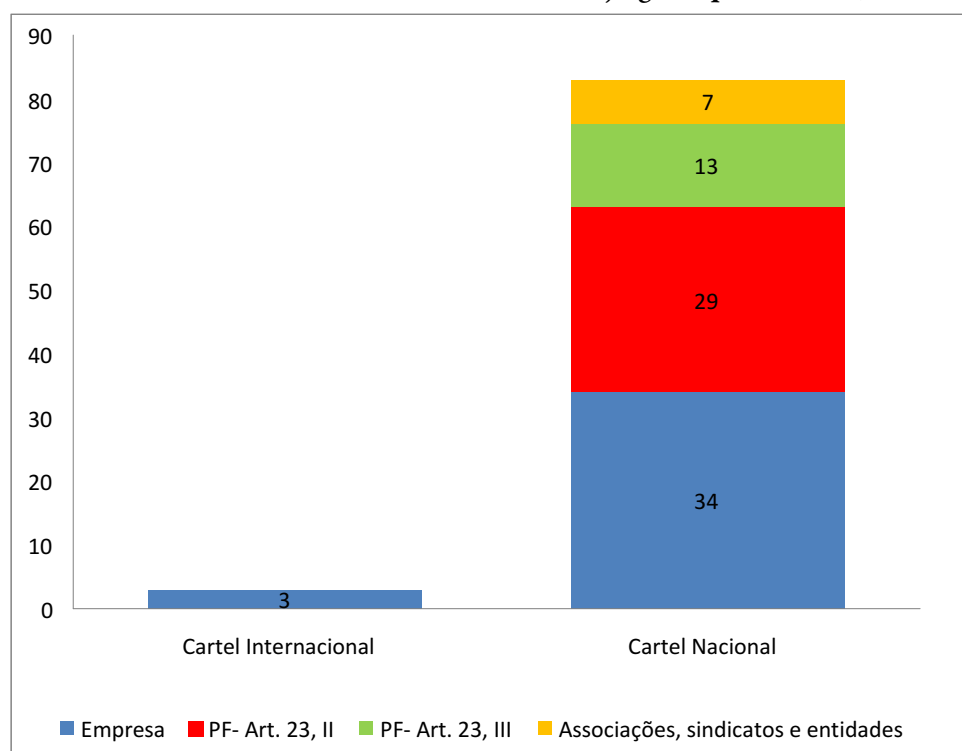
Fonte: CADE⁴⁵. Valores até setembro de 2010.

Realizada a análise interprocessual e averiguadas as tendências acima consideradas, seria natural que o leitor atento aventasse a hipótese de que todas as tendências aqui detectadas tratar-se-iam, na verdade, de tendências constantes em qualquer processo em julgamento no CADE. No limite, p.e., se 65% das condenações do CADE recaíssem sobre cartéis *internacionais* e se 80% das punições fossem sobre *empresas*, estar-se-ia apenas mantendo idêntica a proporcionalidade. Portanto, para afastar hipótese de viés, realizamos igualmente levantamento do número de condenação⁴⁶ de praticantes de cartel pelo CADE durante o mesmo período da pesquisa.

Vejamos, a respeito, o quadro abaixo:

⁴⁵ Todos os TCC estão disponíveis no sítio eletrônico do CADE. Recuperado em <http://www.cade.gov.br> em 1º setembro 2010.

⁴⁶ Para manter assimetria de dados com a pesquisa sobre a celebração de TCCs, mais uma vez, consideramos cada parte condenada em um mesmo processo administrativo (seja empresa, administrador ou outras pessoas físicas, jurídicas e entidades previstas no art. 23 da Lei de Defesa da Concorrência) individualmente, de forma a que cada condenação de praticante seja considerada como um único processo. Com base nessa contagem, podemos concluir que, de 2007 até setembro de 2010, 86 (oitenta e seis) agentes foram condenados pelo CADE pelo ilícito de cartel. Tais condenações consideradas individualmente referem-se, por sua vez, a 9 (nove) casos de cartel. A saber, os casos em que se deram condenações no período base de referência correspondem aos seguintes processos administrativos: PA 08012.004599/1999-18 (Cartel das Vitaminas), PA 08012.007602/2003-11 (Cartel do Sindicato dos Taxistas de Porto Alegre), PA 08012.008060/2004-85 (Cartel dos Anestesiologistas de Pernambuco), PA 08012.001826/2003-10 (Cartel dos Vigilantes do Rio Grande do Sul), PA 08012.002493/2005-16 (Cartel dos Frigoríficos), PA 08012.002911/2001-33 (Cartel dos Combustíveis), PA 08012.000283/2006-66 (Cartel do Setor de Extração de Areia), PA 08012.009922/2006-59 (Sindicato dos Condutores de Mato Grosso) e PA 08012.006019/2002-11 (Cartel dos Gases). No cômputo de condenações, desconsideraram-se os números de agentes que firmaram acordos de leniência (i.e., no PA 08012.001826/2003-10 - Cartel dos Vigilantes do Rio Grande do Sul) e os que firmaram TCCs (i. e., no PA 08012.002493/2005-16 - Cartel dos Frigoríficos).

Gráfico 2 – Reclamadas condenadas em casos de cartel julgados pelo CADE (2007 a 2010*)

Fonte: CADE⁴⁷. Valores até setembro de 2010.

Seguindo a mesma lógica, em primeira camada de parametrização, comparamos as *condenações* no âmbito de cartéis *internacionais* com as em cartéis *nacionais*. De um total de 86 multas cominadas ao ilícito entre janeiro de 2007 até setembro de 2010, observamos que apenas 3 (três) envolviam cartel *internacional*. Ou seja, as punições em cartéis *internacionais* representaram porcentagem de **apenas 3,5%**.

Já em segunda camada de parametrização, ao se desagregarem os valores entre os quatro grupos de compromissários, detectamos mais uma vez que a tendência verificada em TCCs não se repete. Do total de agentes do grupo *empresas* com condenação, **apenas 8,1%** o foram em esquemas de colusão *internacional*.

O resultado dos exames, assim, permitiria *a priori* alijar hipótese de que as tendências detectadas na celebração de TCCs refletiriam tão somente viés afeto a tendências de punição pelo CADE. Ao invés de repetir a proporcionalidade, a tendência de punições deu-se na contramão da tendência de TCCs firmados: a frequência de condenações concentrou-se quase que totalmente em cartéis *nacionais*.

3.2 Análise intraprocessual

Neste exame, dentro de cada cartel onde TCCs haviam sido firmados, avaliamos quantos participantes, do universo de partes de um processo administrativo referente a esquema em

⁴⁷ Todos os TCC estão disponíveis no sítio eletrônico do CADE. Recuperado em <http://www.cade.gov.br> em 1º setembro 2010.

específico⁴⁸, tinham assinado o *settlement* com o CADE. Para tal investigação, estabelecemos igualmente duas parametrizações. Novamente, desmembramos os casos segundo o escopo da colusão (*internacional* ou *nacional*). Nesta segunda investigação, dividimos os agentes conforme seu perfil em apenas três grupos: (i) *empresas*; (ii) *pessoas físicas* (englobando as enquadradas no *art. 23, incs. II e III*, conjuntamente); e (iii) *associações, sindicatos e entidades* sem personalidade jurídica.

Os resultados estão compilados na Tabela abaixo:

Tabela 1 – Proporção de partes em cartel que firmam TCCs (2007 a 2010*)

	PARTES EM PROCESSO ADMINISTRATIVO (A)	PARTES QUE CELEBRARAM TCC (B)	(B)/(A) (em %)
Cartel Internacional	59	19	32,2
Empresas	26	7	26,9
Pessoas Físicas	30	12	40,0
Associações, sindicatos e entidades	3	0	0,0
Cartel Nacional	62	10	16,1
Empresas	25	2	8,0
Pessoas Físicas	32	5	15,6
Associações, sindicatos e entidades	5	3	60,0
TOTAL	121	29	24,0

Nota: CADE⁴⁹. *Valores até setembro de 2010.

A análise intraprocessual permitiu averiguar que, em termos *gerais*, a proporção média de agentes dentro de um *mesmo* cartel que recorrem ao TCC é de **24%**.

Ao se segregarem os números, observamos que a proporção média de agentes que utiliza o *settlement*, dentro de um *mesmo* conluio, é de **32,2%** para cartéis *internacionais* e de **16,1%** para cartéis *nacionais*. Mais uma vez, os dados denotam uma tendência à celebração de TCC mais acentuada em casos *internacionais*.

Ao se segregarem ainda mais os números dentro de um *mesmo* cartel, dessa vez tendo como critérios os três grupos de agentes, podemos também observar tendências interessantes.

Se analisarmos somente o grupo das *empresas*, notaremos que a percentagem média de agentes que firmam TCC dentro da *mesma* colusão é de **26,9%** para cartéis *internacionais*, enquanto é de **8%** para cartéis *nacionais*. Ou seja, a comparação aponta que as empresas cartelizadas *internacionalmente* seriam mais propensas ao TCC, em proporção superior ao triplo frente às participantes de esquema em âmbito *nacional*.

⁴⁸ Foram consideradas somente as representadas constantes no polo passivo de processo administrativo principal. Não foram consideradas eventuais partes inicialmente também investigadas pelo mesmo cartel em procedimento administrativo preliminar na SDE, mas que, por eventual desmembramento dos autos, acabaram não sendo inseridas em mesmo processo administrativo pela Secretaria de Direito Econômico.

⁴⁹ Todos os PAs e TCC estão disponíveis no sítio eletrônico do CADE. Recuperado em <http://www.cade.gov.br> em 1º setembro 2010.

Caso analisarmos isoladamente o grupo das *pessoas físicas*, observaremos que a porcentagem média de agentes envolvidos em *mesmo* cartel que assinam TCC é de **40%** para cartéis *internacionais*, enquanto é de **15,6%** para esquemas *nacionais*. A frequência, portanto, é quase 2,5 superior em esquemas de colusão internacional.

Se verificarmos somente o grupo das *associações, sindicatos e entidades*, poderemos anotar que o percentual médio de agentes dentro de *mesmo* cartel que firmam TCCs é **nulo** para esquemas *internacionais*, e de **60%** para colusões *nacionais*.

Repetiremos aqui o exercício empreendido na análise interprocessual. Analisaremos a seguir os números dentro de um *mesmo* cartel de agentes condenados, para que possamos averiguar eventual hipótese de viés.

Os valores estão registrados na Tabela abaixo:

Tabela 2 – Proporção de partes em cartel que são condenadas (2007 a 2010*)

	PARTES EM PROCESSO ADMINISTRATIVO (A)	RECLAMANTES CONDENADAS (B)	(B)/(A) (em %)
Cartel Internacional	17	3	17,6
Empresas	6	3	50,0
Pessoas Físicas	11	0	0,0
Associações, sindicatos e entidades	0	0	0,0
Cartel Nacional	114	83	72,8
Empresas	51	34	66,7
Pessoas Físicas	55	42	76,4
Associações, sindicatos e entidades	8	7	87,5
TOTAL	131	86	65,6

Nota: CADE⁵⁰. *Valores até setembro de 2010.

Para condenações, a análise intraprocessual permitiu averiguar que, em termos *gerais*, a proporção média de agentes dentro de um *mesmo* cartel que são condenados é de **65,6%**.

Ao se segregarem os números, observa-se que a proporção média de agentes que são condenados, dentro de um *mesmo* conluio, é de **17,6%** para cartéis *internacionais* e de **72,8%** para cartéis *nacionais*. Os dados denotam uma tendência à condenação mais acentuada em casos *nacionais*.

Ao se segregarem ainda mais os números dentro de um *mesmo* cartel, dessa vez tendo como critérios os três grupos de agentes (*empresas; pessoas físicas; e associações, sindicatos e entidades*), a comparação aponta que as empresas cartelizadas *internacionalmente* seriam, em menor ou maior grau, *menos* propensas à condenação em relação aos participantes de esquema em âmbito *nacional*.

⁵⁰ Todos os PAs e TCC estão disponíveis no sítio eletrônico do CADE. Recuperado em <http://www.cade.gov.br> em 1º setembro 2010..

Novamente, podemos detectar que a tendência averiguada nos TCCs *não* se repetiria nos casos de condenação por cartel, o que afastaria mais uma vez hipótese de que as tendências averiguadas na celebração de TCCs refletiriam apenas um viés relativo às condenações.

3.3 Análise dos incentivos

No exame sobre os incentivos, a análise terá como foco privilegiado as contribuições pecuniárias definidas nos TCCs. Desse modo, deixamos de analisar outros elementos, reputados menos relevantes⁵¹. O foco do estudo nas contribuições pecuniárias tem como base a assunção de que demais elementos de incentivo, tais como a determinação de obrigações de fazer ou não fazer⁵² e consequências advindas da confissão de culpa⁵³, possuem hoje no Brasil peso potencialmente diminuto no conjunto de elementos que compõem a estrutura de incentivos para a celebração de TCCs.

As contribuições pecuniárias definidas em TCC virtualmente substituem as multas cominadas em condenação, além de representar a antecipação dos efeitos dissuasórios mais relevantes às autoridades antitruste no Brasil. Como já referido, para a definição de seu *quantum*, o Regimento Interno do CADE define que se deve levar em conta⁵⁴: (a) o momento da propositura do compromisso e (b) o mínimo legal do cálculo de multas, previsto no art. 23 da Lei 8.884/94.

O Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo, ao proferir seu voto no julgamento do PA 08012.011142/2006-79, consolidou importante modelo sobre as contribuições pecuniárias. Segundo a formulação, de modo geral, estariam imbricadas na negociação do *quantum* da contribuição as seguintes assimetrias de informação⁵⁵: (i) a culpabilidade do acusado, ou seja, se o proponente do TCC seria ou não de fato culpado; e (ii) o custo, para o acusado, de confessar a culpa e colaborar com as investigações⁵⁶. Afora essas assimetrias de caráter mais gerais, especial dificuldade seria detectada em face da existência ou não de acordo de leniência. As demandas pelos instrumentos de leniência e TCC, no Brasil, estariam interrelacionadas, de forma a configurar um sistema híbrido. Logo, deveríamos compreender a dinâmica desse processo de forma a evitar superposições indevidas. Seria importante levar em conta os custos envolvidos, para os agentes, nas duas hipóteses,

⁵¹Na análise de incentivos, pudemos identificar, p.e., pequenos estímulos em relação à possibilidade de parcelamento do pagamento de contribuições pecuniárias, o qual não é possível no pagamento de multas.

⁵²As obrigações de fazer ou de não fazer estipuladas como compromissos em TCCs em cartel tendem a ser poucas. Essa constatação foi possível por meio do exame de casos concretos empreendido neste trabalho. Quando fixadas, tais obrigações referem-se, na maioria dos casos, à obrigação de implementar programas de *compliance*.

⁵³Os agentes que firmaram TCCs e que, simultaneamente, eram parte de cartel no qual acordo de leniência já houveram sido celebrados, confessaram a culpa. O cumprimento da determinação legal foi atestado na análise dos casos concretos. No entanto, registramos a inocorrência, até a presente data, de ações civis públicas ou de quaisquer expedientes para a responsabilização civil (art. 29 da Lei 8.884/94) ingressados contra os agentes envolvidos com fundamento em sua confissão de culpa. Uma razão provável para isso é a falta de cultura do *private enforcement* no Brasil. Em teoria, vale recordar, a confissão de culpa poderia ser usada como prova para ingresso da ação de *private enforcement*. E tal uso da confissão de culpa constituía exatamente um dos temores de advogados de defesa antes da edição da Lei de 2007.

⁵⁴Art. 129-E, do Regimento Interno do CADE.

⁵⁵A constatação é exposta pelo Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo no voto do PA 08012.011142/2006-79 (p. 28). O voto está disponível no sítio eletrônico do CADE. Recuperado em www.cade.gov.br em 16 agosto 2010.

⁵⁶“Em contrapartida, há custos relacionados à confissão de culpa e efetiva colaboração com as investigações, que podem variar profundamente entre os participantes de eventual cartel. Estes custos podem tanto decorrer de alteração da probabilidade de sucesso em ações civis de indenização, quando da retaliação por parte de membros do cartel”. Idem, p. 15.

relacionados a penalidades pecuniárias e obrigações impostas, assim como referentes à confissão de culpa e colaboração efetiva.

Com base na modelagem de Furquim de Azevedo⁵⁷, poderíamos depreender que os benefícios concedidos aos agentes com elevada propensão a buscar o acordo de leniência não poderiam ser virtualmente mais vantajosos que os que poderiam ser outorgados aos acusados que assinassem TCC sem confissão de culpa. Como se entende que a celebração de acordos de leniência são socialmente mais desejáveis, haja vista a confissão obrigatória de culpa e, em especial, a colaboração prestada aos agentes públicos para o desbaratamento de cartéis, entende-se que os estímulos oferecidos para este acordo devem ser superiores aos para o TCC. Na hipótese de agentes que pudessem recorrer tanto à leniência como ao TCC, e se lhes fossem ofertados pelo *principal* (no caso, a SDE e o CADE) estímulos semelhantes tanto ao TCC como à leniência, poderíamos inferir que, com o passar do tempo, as assinaturas de acordos de leniência, de maior qualidade ao *principal*, seriam progressivamente menores; e a assinatura de TCCs, de menor qualidade ao *principal*, progressivamente maiores. O resultado, portanto, não parece socialmente desejável.

Outra formulação relevante produzida no CADE é a do Conselheiro Luis Fernando Schuartz, que estabelece o “valor presente da sanção esperada – VPSE” para definir a contribuição pecuniária em TCC. Segundo sua estimativa⁵⁸, as multas aplicadas a *empresas* condenadas por cartéis variariam entre 15% a 20% do faturamento bruto da reclamada condenada, no seu exercício anterior. Em sua formulação, a sanção esperada seria a “definida como sendo o somatório das sanções *em princípio* mais prováveis para o *tipo* da conduta, dado o conjunto probatório da sua aplicação à representada proponente do acordo, dado o conjunto probatório disponível com relação à mesma”⁵⁹. Schuartz estipulava, assim, com base nas três possibilidades, que a sanção esperada em caso de *hard core* cartel seria 13%. Principalmente, por meio da estimativa do VPSE, Schuartz expressava preocupação com a atualização monetária da multa provavelmente aplicável e com a eventual necessidade de transação judicial. Sua formulação parece, salvo melhor juízo, um pouco vaga e, conforme o próprio Conselheiro, não seria um método “ótimo”⁶⁰.

Ao se analisarem decisões do CADE que aprovaram o compromisso celebrado em casos concretos, poderíamos observar que uma tendência tem sido não explicitar a análise das assimetrias de informação acima elencadas. Com base somente nos votos analisados, não se podem abstrair, de forma clara, os parâmetros empregados para eventual cálculo de desconto. Tampouco a tentativa de formulação de Schuartz (ou seja, o VPSE) parece ter sido cálculo repetido, ao menos de forma expressa, nos votos que aprovaram propostas de compromissos subsequentes. Observemos, para tanto, alguns votos dos Relatores em cujos termos deu-se a homologação de TCCs em casos concretos.

⁵⁷ Idem, pp. 15-16.

⁵⁸ A estimativa é feita pelo Conselheiro Luis Fernando Schuartz, no voto do PA 080012.011142/2006-79, e tomada como base em outras jurisprudências do CADE, *v.g.*, como no voto do Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, que relatou o Requerimento 08700.5281/2007-96, referente ao PA 08012.004674/2006-50. Os votos estão disponível no sítio eletrônico do CADE. Recuperado em www.cade.gov.br em 16 agosto 2010.

⁵⁹ Em: Voto do Conselheiro Luis Fernando Schuartz exposta em seu voto no PA 08012.011142/2006-79 (p. 6). A argumentação foi inserida nos primeiros Termos de Compromisso de Cessação de Prática firmados envolvendo cartéis (PA 08012.011142/2006-79 e PA 08012.02493/2005-16), ambos da relatoria. Os votos estão disponíveis no sítio eletrônico do CADE. Recuperado em www.cade.gov.br em 16 agosto 2010.

⁶⁰ “(...) não é um método que esteja sendo apresentado como ‘ótimo’ em qualquer sentido”. Neste sentido, o Conselheiro Luis Fernando Schuartz, na Relatoria do PA 08012.02493/2005-16 (p. 17). O voto está disponível no sítio eletrônico do CADE. Recuperado em www.cade.gov.br em 16 agosto 2010.

Primeiramente, podemos ver que os votos dos Relatores do CADE em certos casos limitaram-se a referir a contribuição pecuniária negociada na proposta de TCC e, ao final, concluir pela aceitação ou rejeição da proposta. Abaixo, segue um exemplo, referente a cartel no mercado de embalagens flexíveis:

“A proposta de TCC em exame atende a todos os critérios de legalidade previstos na legislação de regência (...), já que:

(...)

(c) Há previsão de contribuições pecuniárias ao Fundo de Direitos Difusos correspondentes a 10% do faturamento bruto da pessoa jurídica e a 1% do mesmo faturamento, a serem recolhidas pela empresa e pela pessoa física, respectivamente;

(...)

No que tange ao valor da contribuição pecuniária a ser recolhida pela pessoa jurídica, o critério adotado por este Conselho para sua definição tem sido o do valor presente da sanção esperada, que varia em razão da gravidade da conduta investigada e das recentes decisões do CADE em casos semelhantes, que envolvem cartéis hard core ou clássicos, nos quais a concertação da conduta represente o máximo potencial ofensivo à ordem econômica. Nesses casos, como lembrado pelo ex-Conselheiro Luis Fernando Schuartz, que relatou o Requerimento 08700.004221/2007-56 (referente ao PA 080012.011142/2006-79), apresentado por Lafarge Brasil S.A., as multas infligidas por este Conselho têm variado entre 15% a 20% do faturamento da empresa condenada. Na espécie, do mesmo modo, as sanções esperadas para as pessoas jurídicas, caso houvesse condenação, não diferem desses percentuais, o que permite afirmar que o valor proposto corresponde ao que foi aceito pelo CADE em hipótese similar.

(...)

Em vista de todo o exposto, não havendo dúvidas quanto à legalidade da proposta de compromisso de cessação, considero conveniente e oportuna a celebração do compromisso, conforme o texto anexo, que submeto à apreciação e homologação do Plenário.”⁶¹

Apesar de se referir ao VPSE e à média do percentual das multas infligidas pelo CADE, não se demonstrou qualquer cálculo sobre o *quantum* das multas em condenação provável e das contribuições. A presunção é de que tal poderia ter sido revelado às partes durante as negociações. No entanto, restando adstrito à fase de negociação, o conhecimento do cálculo ficaria restrito a participante de cartel que negocia o compromisso e a seus advogados.

Em outro caso, desta vez se tratando de cartel de mercado de compressores herméticos⁶², calculou-se qual o percentual que a contribuição pecuniária proposta representaria em relação ao faturamento bruto da empresa. No entanto, tratava-se de empresa multinacional com atuação em segmentos de mercado outros e que incorporara a empresa com atuação no mercado afetado. Por isso, além do faturamento da incorporadora, levou-se em conta o faturamento da unidade cuja conduta havia afetado o mercado relevante em questão. Em que pese tenha se inserido uma séria e longa explanação a respeito da base de cálculo⁶³, no entanto, ainda assim não se chegou a estimar qual seria a multa aplicável em condenação provável.

⁶¹ Voto do Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, que relatou o Requerimento 08700.5281/2007-96, referente ao PA 08012.004674/2006-50 (pp. 2-4). O voto está disponível no sítio eletrônico do CADE. Recuperado em www.cade.gov.br em 16 agosto 2010.

⁶² Voto do Conselheiro Carlos Emmanuel Ragazzo, como Relator do Requerimento 08700.001369/2009-09, referente ao PA 08012.000820/2009-1. O voto está disponível no sítio eletrônico do CADE. Recuperado em www.cade.gov.br em 16 agosto 2010.

⁶³ Em linhas gerais, o Conselheiro Relator refutou o argumento do Ministério Público Federal, de que a contribuição pecuniária imposta estaria aquém do mínimo legal (ou seja, 1% sobre o faturamento bruto da empresa em seu último exercício) e aquém da vantagem auferida. Para tanto, insere-se longa fundamentação sobre a base de cálculo aplicada para o cálculo, e quais seriam os valores mínimos e máximos possíveis da contribuição pecuniária, dentro de “extenso cenário

Como se sabe, as multas impostas em condenações do CADE podem variar segundo faixas descritas no art. 23 e incisos da Lei 8.884/94. A cominação precisa da multa deverá ser determinada no caso concreto, segundo os critérios previstos no art. 27 e incisos, além do art. 23, parágrafo único, ambos da Lei de Defesa da Concorrência. Logo, ao não se explicitar qual seria a multa aplicável no caso concreto, não se pode, de fato, abstrair qual o desconto que lhe foi conferido. Assim, até mesmo o desconto que seria devido em função do tempo de apresentação da resposta⁶⁴, previsto na Resolução CADE 46/2007⁶⁵, não restaria evidente.

No entanto, há de se considerar que, no Brasil, em tese, tampouco um parâmetro claro para a cominação de multas existe. Não temos ainda, como em outros países, um Guia para a Fixação de Multas, o que auxiliaria em muito. Havendo *a priori* complexidades na definição de multas, como consequência, mais difícil se torna a definição de seus descontos para contribuições pecuniárias. Vejamos caso concreto de TCC onde tal dificuldade pode ser mais facilmente identificada.

O terceiro caso⁶⁶ analisado trata-se de cartel em mercado avícola. Na ausência de decisão para caso semelhante, o CADE teve de buscar caso paradigmático para o cálculo a ser empreendido. Buscou-se, assim, paradigma em caso de condenação de cartel de postos de gasolina em Goiânia, haja vista a similaridade de condutas e de dados disponíveis. Consideraram-se, assim, dois critérios, independentemente da análise de mérito: (i) o faturamento das associações; e (ii) o tamanho do mercado afetado. Diante de eventuais restrições à comparação de receitas, utilizou-se ainda como critério de proporcionalidade a dimensão dos mercados afetados nos diferentes casos. A conclusão que se chegou foi a seguinte:

“17. Dessa forma, com a utilização dos dois critérios, verifica-se uma faixa de condenação provável entre R\$ 797.000,00 (setecentos e noventa e sete mil reais) e R\$ 988.442,33 (novecentos e oitenta e oito mil, quatrocentos e quarenta e dois reais e trinta e três centavos), respectivamente lastreados em comparações envolvendo percentuais de receita e valor do mercado afetado pela suposta conduta anticompetitiva. É claro que esse exercício reflete algum grau de simplificação, já que a análise de mérito dos dois casos poderia variar com agravantes, atenuantes, além de outras características específicas (como a própria identificação da vantagem auferida). O exercício proposto, embora simples, a meu ver apresenta um critério suficiente para delimitar neste caso uma medida de proporcionalidade, sobretudo diante da ausência de casos semelhantes julgados.

18. O valor proposto a título de contribuição pecuniária no presente TCC, qual seja, R\$ 850.000,00 (oitocentos e cinquenta mil reais) se encontra acima do mínimo dessa faixa de condenação provável, e é correspondente a 31% da arrecadação da UBA no ano de 2008. Ou seja, o valor proposto encontra-se próximo da medida dos cenários possíveis de condenação em caso de continuidade das investigações, sendo que sua diferença com relação ao cenário mais gravoso se justifica pelos riscos de arquivamento do processo e pela possibilidade de fixação de eventual condenação em patamares inferiores. Pode-se considerar ausente qualquer tipo de desconto pela celebração do presente acordo, o qual somente existiria se o valor ficasse abaixo do cenário de condenação baseada no critério da

permitido para condenação, que varia de 1 a 30% do faturamento bruto de cada representado, excluídos os impostos” (p. 8). Voto do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, como Relator do Requerimento 08700.001369/2009-09, referente ao PA 08012.000820/2009-11 (pp. 5-13). O voto está disponível no sítio eletrônico do CADE. Recuperado em www.cade.gov.br em 16 agosto 2010.

⁶⁴ Um exemplo é o PA 08012.003623/2009-53, em que o Conselheiro Relator expressa o fato de “Esta é a primeira vez que os requerentes propõem a celebração de um TCC” (p. 45). No entanto, não resta claro, pelo voto, se o tempo de apresentação da proposta teria de fato se revertido em benefício no momento da negociação do *quantum* da contribuição pecuniária. O voto está disponível no sítio eletrônico do CADE. Recuperado em www.cade.gov.br em 16 agosto 2010.

⁶⁵ Art. 129-E, do Regimento Interno do CADE.

⁶⁶ Voto do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, na relatoria do Requerimento 08700.002933/2009-01, referente ao PA 08012.003623/2009-53. O voto está disponível no sítio eletrônico do CADE. Recuperado em www.cade.gov.br em 16 agosto 2010.

comparação entre os percentuais de multa (ou de contribuição) aplicáveis à receita.⁶⁷ (Grifos não constantes no original)

Nesse caso, não obstante a busca por explicitar o cálculo de eventual multa por condenação, ainda assim esbarrou-se na falta de um parâmetro claro para a condenação. Como conceder descontos, sobre um valor que não é previamente definível, com uma mínima margem de precisão? Parece que a dificuldade na fixação de multas pode estar diretamente relacionada à dificuldade na fixação de descontos em TCCs.

Analisados os resultados e a política doméstica na definição de contribuições pecuniárias, é importante recorrer à experiência internacional na matéria.

4. A experiência internacional no tema

Duas experiências internacionais serão investigadas neste trabalho: a dos Estados Unidos e a da União Europeia - UE.

A experiência dos EUA seria razoavelmente singular e rica nesse sentido. As autoridades norte-americanas em geral possuem longa tradição na resolução concertada de litígios, o que constitui, ousamos dizer, parte da cultura daquele sistema jurídico. Dentre cipal de instrumentos de acordo possíveis, em matéria de antitruste, encontramos acordos como o de leniência e o de *amnesty-plus* (similar de nosso leniência *plus*); além do *plea bargain* e do *consent decree*. Conferiremos, abaixo, destaque a essas duas últimas hipóteses.

O *plea bargain* é o instrumento facultado aos participantes do cartel que não tenham se qualificado para a leniência, porém se caracterizam como um “*second-in the door*” (ou seja, todos aqueles que “batem à porta” do órgão antitruste, logo após o primeiro que assinou o acordo de leniência)⁶⁸. (Departamento, 2008) O *The U.S. Model of negotiated plea agreements: a good deal with benefits for all* (Departamento, 2006b) dispõe sobre alguns princípios que deverão ser observados nas negociações do *plea bargain*. Já o *Sentencing Guidelines* provê um guia ao Poder Judiciário na decisão entre cancelar ou não o acordo.

O principal objetivo do *plea bargain* é constituir ferramenta útil à investigação (Departamento, 2008, p. 3)⁶⁹, do mesmo modo como a leniência. É um modo extremo de cooperação, eis que os direitos de apelação são renunciados (*waived*), de forma que, naquele sistema jurídico, uma vez havendo tal renúncia, o acesso ao Judiciário a princípio ficaria obstaculizado. (Stephan, 2007, p. 2) Sua eficiência é alta, eis que a estimativa é de que 90% das empresas acusadas por infrações à concorrência tenham aderido aos *plea agreements* com o DoJ. (Departamento, 2008, p. 2)

⁶⁷ Voto do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, na relatoria do Requerimento 08700.002933/2009-01, referente ao PA 08012.003623/2009-53 (pp. 7-8). O voto está disponível no sítio eletrônico do CADE. Recuperado em www.cade.gov.br em 16 agosto 2010.

⁶⁸ É importante esclarecer que o *plea bargain* pode ser firmado não apenas pelo segundo participante do cartel a aparecer após a eleição do qualificado à leniência. O instrumento é aberto, a princípio, aos terceiros e quartos candidatos, e por aí em diante. Os benefícios de tais candidatos tenderiam a ser tanto maior quanto maior fosse sua contribuição para as investigações e quanto mais cedo se apresentasse ao programa. Veja, nesse sentido: Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América. (2006a). Departamento de Justiça. Divisão Antitruste. *Measuring the Value of Second-In Cooperation in Corporate Plea Negotiations*. Washington: DoJ, p. 12.

⁶⁹ “For the Division, settlement benefits include inducing increased early cooperation, which leads to early insider evidence as well as momentum in Division investigations after settlements become public”.

Em contraposição ao programa de leniência, em que ganhos são totais, na hipótese do *second-in*, as recompensas não são uniformes: os prêmios podem variar conforme a contribuição oferecida pelo requerente. Grosso modo, os descontos são definidos em jogo de barganha, com montantes que podem ser relativamente altos⁷⁰. Há critérios na definição das recompensas, como o número de participantes no cartel que ainda não se qualificaram ao *plea bargain* e a qualidade da colaboração que o requerente pode trazer. Como na leniência, o *plea bargain* altera o resultado da condenação criminal.

Além do *plea bargain*, o marco jurídico norte-americano conta com o *consent decree*. A principal diferença é que, ao passo que o *plea bargain* é celebrado no âmbito criminal, o *consent decree* é encerrado em um processo de investigação cível. Ao contrário do *plea bargain*, em que as autoridades buscam essencialmente receber a colaboração do acusado, obter provas robustas para instruir as investigações e resolver casos de cartel de maneira mais célere, com o *consent decree*, as autoridades buscam o compromisso de cessação da conduta investigada. Tais compromissos podem incluir esforços em matéria de *compliance*, apresentação de relatórios periódicos, permissão de inspeção de arquivos da empresa, além de obrigações de não fazer. (Jacobson, 2007, p. 705)

Em realidade, o *consent decree* é instituto que não se limita a casos antitruste, aplicando-se a diversas outras áreas também do direito civil, como o ambiental. Nos casos de defesa da concorrência, o DoJ atuaria como membro do Ministério Público e obteria, com a chancela do Poder Judiciário, o instrumento que substituiu a aplicação de um *injunctive act* (espécie de medida cautelar) (Stephan, 2007, p. 18). O *consent decree* não é propriamente um acordo, pois muitos dos compromissos são impostos pelo juiz. Não requer a admissão de culpa, tampouco poderia ser usado como prova em litigância civil⁷¹. Não envolve a imposição de uma sanção *per se*⁷²: seria o inadimplemento das obrigações *ex post* que sujeitaria o compromissário à multa por descumprimento. (Stephan, 2007, pp. 17-18)

Já na Europa, seguir-se-ia abordagem um pouco mais conservadora. A Comissão Europeia - CE faculta como instrumentos possíveis em caso de cartel, em linhas gerais, o acordo de leniência, o *reduced fines* e os *directs settlements*. Examinaremos, abaixo, os dois últimos acordos.

O *reduced fines* é previsto na Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (*Commission's Leniency Notice*)⁷³. Destina-se, similarmente ao *plea bargain* nos EUA, às empresas que perderam a corrida pela leniência⁷⁴. Por meio do instrumento, as partes podem obter reduções

⁷⁰ Alguns exemplos de casos onde os acusados puderam obter elevadas reduções em suas virtuais condenações podem ser encontrados em: Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América. (2008).

⁷¹ Nesse sentido, Stephan cita que não poderia o *consent decree* ser usado nem mesmo como uma evidência *prima facie*, de acordo com o 15 U.S.C., 15 s. 16 (a); Furse (n38). Em: Stephan (2007).

⁷² O ajuste obtido por meio do *consent decree* pode incluir o pagamento de uma restituição, mas não o pagamento de uma multa.

⁷³ Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, publicado no Jornal Oficial da União Europeia, em 8 de dezembro de 2006, pp. C 289/17 a C 289/22. Recuperado em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:298:0017:0022:PT:PDF> em 18 agosto 2010.

⁷⁴ A disciplina da “Redução do Montante da Coima” está nos parágrafos 23 a 30 da Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis. Conforme o parágrafo

nas multas. O objetivo, como na leniência e no *plea bargain*, é precipuamente obter a colaboração das partes envolvidas na conduta⁷⁵.

Diferentemente do modelo norte-americano, a *reduced fines* somente pode ser pleiteada após concluídas as investigações. Nesse momento, somente após decisão discricionária da Comissão, entendendo de fato conveniente oferecer esse tipo de acordo às partes, é que poderão os acusados solicitar adesão a tal instrumento⁷⁶. Findo o processo administrativo de investigação, as partes podem tomar ciência da multa que lhe seria aplicável, bem como de como sua cooperação será recompensada. As reduções estão submetidas a um teto: 50% da penalidade pecuniária aplicáveis em virtude do cartel⁷⁷.

O *direct settlement*, por seu turno, tem procedimento previsto em pacote legislativo composto pelo Regulamento 773/2004 e pela Comunicação relativa à condução de procedimentos e transações para efeitos da adopção de decisões nos termos do artigo 7º e do artigo 23º do Regulamento (CE) 1/2003 do Conselho nos processos de cartéis (*Notice on the conduct of settlement procedures in cartel cases*), de 2008. O objetivo do *settlement* é precipuamente simplificar a resolução de processos punitivos e liberar recursos para a persecução de outros casos⁷⁸. Busca também antecipar o pagamento de multas, aumentar a taxa de *detection* e *deterrence* do Art 101 (1) do Tratado da União Europeia, além de reduzir o

26 da mencionada Comunicação, à primeira empresa que forneça um valor acrescentado significativo às investigações, a Comissão determinará uma redução de 30-50%; à segunda, uma redução de 20-30%; e às seguintes, uma redução de 20%. Para determinar o nível de redução no âmbito de cada uma dessas margens de variação, a Comissão deverá levar em conta (i) a data na qual os elementos de prova foram apresentados e (ii) o grau de valor acrescentado que representem. Idem, ibidem.

⁷⁵ Segundo os parágrafos 1 e 5 da Comunicação da Comissão Relativa à imunidade:

“1. A presente comunicação define um quadro que permite recompensar, no que se refere à sua cooperação no âmbito da investigação da Comissão, as empresas que participam ou participaram em cartéis secretos que afectem a Comunidade.(...)”.

“5. Além disso, a cooperação por parte de uma ou mais empresas pode justificar que a Comissão reduza a coima. Qualquer redução da coima deverá refletir a contribuição efectiva da empresa, em termos de qualidade e de oportunidade, para a determinação da existência da infracção por parte da Comissão. As reduções deverão limitar-se às empresas que fornecem à Comissão elementos de prova que apresentem um valor acrescentado significativo relativamente àqueles que a Comissão já dispõe.” (Grifamos)

Recuperado em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:298:0017:0022:PT:PDF> em 18 agosto 2010.

⁷⁶ Vide Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América. (2008).

⁷⁷ Idem, ibidem, p. 5.

⁷⁸ Estabelece o parágrafo primeiro da Comunicação da Comissão relativa à condução de procedimentos e transações para efeitos da adopção de decisões nos termos do artigo 7º e do artigo 23º do Regulamento (CE) 1/2003 do Conselho nos processos de cartéis (“*Commission Notice on the conduct of settlement procedures in view of the adoption of Decisions pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation (EC) No 1/2003 in cartel cases*”):

“1. A presente comunicação estabelece um quadro que permite recompensar a cooperação na instrução dos processos de aplicação do artigo 81º do Tratado CE relativos a casos de cartéis. O procedimento de transacção poderá permitir à Comissão tratar um maior número de casos com os mesmos recursos, promovendo assim o interesse público, uma vez que a Comissão poderá sancionar de forma efectiva e atempada as infracções, ao mesmo tempo que reforça a dissuasão geral. A cooperação objecto da presente comunicação difere da apresentação voluntária de elementos de prova a fim de desencadear ou fazer avançar uma investigação da Comissão, que é abrangida pela Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (a Comunicação sobre a clemência). Desde que a cooperação prestada pela empresa seja elegível ao abrigo de ambas as comunicações, poderá esta ser recompensada cumulativamente em conformidade com as mesmas.” (Grifamos)

Recuperado em http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels_settlements/notice_pt.pdf em 18 agosto 2010.

número de processos judiciais perante as cortes da Europa em casos de cartel⁷⁹. (Conselho, 2008)

O *direct settlement* poderá ser requerido no momento em que aberto oficialmente o processo e a parte tenha recebido o *Statement of Objections* - SO da Comissão Europeia. Por meio do SO, que é uma espécie de notificação, a parte toma ciência das acusações, dos indícios e provas que pesam sobre ela, bem como da multa aplicável⁸⁰. Vale lembrar que a multa é calculada, na CE, conforme o *Commission's Fining Guidelines*.

Para firmar tais instrumentos, as partes devem preencher certos requisitos, dentre os quais se destaca a obrigação de reconhecer (*acknowledge*) a culpa. As partes devem assumir compromisso de não contestar as decisões da Comissão no Poder Judiciário, no entanto, não há como de fato renunciar a esse direito⁸¹. Porém, parte-se do pressuposto de que, uma vez reconhecida a culpa, é baixa a probabilidade de eventual recurso às cortes ser exitosa.

Uma vez firmado o *direct settlement*, a parte obtém redução de 10% no montante da multa aplicável⁸². O percentual de desconto é concedido, indistintamente, a todos aqueles que se qualifiquem para os *settlements*. A regra está prevista no *Notice on the conduct of settlement procedures in cartel cases*. Na União Europeia, assim, tem-se marco bem definido e regras claras. No entanto, o patamar de descontos é tido, por alguns críticos, como baixo e não apto a induzir as empresas ao acordo⁸³.

Por meio da análise das experiências internacionais, podemos concluir, primeiramente, que a política de reduções de penalidades por via do estabelecimento de acordos que não os de leniência ou é clara e transparente em ambos os sistemas analisados. Na União Europeia, a previsibilidade é ainda maior, eis que as reduções são estanques e se sujeitariam em menor proporção à barganha. Nos Estados Unidos, apesar de existir previsibilidade, os benefícios concedidos podem variar, a depender da cooperação a ser obtida com o requerente.

Há literatura e jurisprudência no Brasil que costumam comparar o TCC ao *consent decree*⁸⁴. Acreditamos que essa comparação não é de todo descabida, haja vista ter o *consent decree* certas

⁷⁹ Conselho da Europa. (2008). Jornal Oficial (PRES). *Antitrust: Commission introduces settlement procedure for cartels* (Reference: IP/08/1056). Bruxelas: Jornal Oficial (PRES).

⁸⁰ Idem, ibidem.

⁸¹ "Decisions adopted under the settlement procedure can still be appealed by the parties before the General Court. However, parties having expressly and unequivocally acknowledged their involvement in the cartel, it is expected that the number of appeals would be limited."

⁸² A regra está no Parágrafo 32 da Comunicação da Comissão relativa à condução de procedimentos e transações para efeitos da adoção de decisões nos termos do artigo 7º e do artigo 23º do Regulamento (CE) nº 1/2003 do Conselho nos processos de cartéis ("*Commission Notice on the conduct of settlement procedures in view of the adoption of Decisions pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation (EC) No 1/2003 in cartel cases*"), publicado no Jornal Oficial da União Europeia de 2 de julho de 2008, na C 167/1 a C 167/6. Em sua versão para o Português de Portugal, o parágrafo 32 assim dispõe:

"32. Caso a Comissão decida recompensar um interessado directo por ter optado pelo procedimento de transacção no âmbito da presente comunicação, reduzirá em 10% o montante da coima a ser imposta, após aplicação do limiar de 10% em conformidade com as Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n. 2, alínea "a)", do artigo 23 do Regulamento (CE) 1/2003. Qualquer aumento específico da coima para assegurar o efeito dissuasivo aplicado ao abrigo das mesmas orientações não excederá um coeficiente multiplicador de dois."

Recuperado em http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels_settlements/notice_pt.pdf em 18 agosto 2010.

⁸³ Veja, por exemplo: Global Competition Review. (2008).

⁸⁴ Nesse sentido, veja, p.e., o voto do Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva no PA 08012.004674/2006-50: "A matriz inspiradora do termo de ajustamento de conduta (TAC) e do termo de compromisso, em nossa legislação,

características comuns ao TCC, tais como o compromisso de cessação da prática e a possibilidade de pagamento de multa pelo descumprimento de tal compromisso, por meio de *astreintes*⁸⁵. Não obstante tais semelhanças, acreditamos que a comparação tampouco é de todo cabida. Tal presunção tem como base o fato de que no *consent decree*, diferentemente do *plea bargain*, não se vislumbra como objetivo uma redução de multas aplicável ao cartel⁸⁶. As multas afetas aos *consent decrees* seriam mais propriamente as *astreintes*, as quais, como se sabe, não são aplicáveis *per se* à infração concorrencial propriamente dita, mas somente em caso de descumprimento *ex post* do compromisso de cessação celebrado.

Finalmente, ousamos indicar que o modelo de TCC no Brasil aproximar-se-ia ao de *direct settlement* da Comissão Europeia. E acreditamos que a comparação de ambos os institutos seria adequada, pois muitos dos objetivos desses instrumentos são congruentes. Primeiramente, nenhum dos institutos tem como requisito intrínseco a cooperação. Tanto o *direct settlement* como TCC necessariamente possuem, em essência, objetivos centrais semelhantes, como a aceleração do processo de julgamento e o adiantamento do efeito dissuasório. Em especial, haja vista a possibilidade de continuação do litígio no âmbito judicial em ambos os casos, a redução dos custos com eventuais processos judiciais constitui um dos seus objetivos centrais.

O Termo de Compromisso de Cessação de Prática guarda, por óbvio, algumas particularidades em relação ao instrumento da Comissão Europeia. Um deles refere-se à delimitação temporal da possibilidade de pleito (ou seja, após as investigações no *direct settlement*, e durante as investigações inclusive, no TCC) e eventual sobreposição a outros instrumentos, como os de leniência e leniência *plus*, no caso brasileiro. No entanto, a diferença que parece mais saltar aos olhos e que merece aqui ser ressaltada é a previsão, na Comissão Europeia, da redução, fixa, de 10% às multas aplicáveis aos participantes do cartel.

5. Avaliação dos incentivos fornecidos aos agentes para a conclusão de TCCs no Brasil

Ainda é cedo para se extraírem conclusões definitivas dos dados no Brasil, uma vez que a criação do instituto é recente (2007) e a incidência de assinaturas de TCC em cartéis ainda é pequena no país.

encontra-se no *consent decree* do direito norte-americano. Assim como o TAC, o compromisso disciplinado no art. 53 da Lei 8.884/94 é um instrumento de composição de conflitos, de caráter marcadamente negocial, que prioriza a rapidez e a aplicação da sanção, de cumprimento muitas vezes incerto. Por isso, é pequeno o número de cláusulas que obrigatoriamente devem constar no termo de compromisso, reservando-se amplo espaço às negociações entre a Administração e os compromissários.”(p. 3). O voto está disponível no sítio eletrônico do CADE. Recuperado em www.cade.gov.br em 16 agosto 2010.

⁸⁵ Pedro Vicentini, ao comparar o *consent decree* e o *plea agreement*, conclui que a dinâmica do TCC se aproximaria mais a daquele, onde a culpa não seria um requisito intrínseco à celebração, diferentemente deste, “cuja dinâmica e os objetivos perseguidos se assemelham ao Acordo de Leniência, e ainda mais ao Termo de Ajustamento de Conduta celebrado no âmbito criminal” (p. 265). Em: Vicentini (2010).

Não compartilhamos, no entanto, desse pensamento. A confissão de culpa – ou dos fatos, a depender do caso – não pode ser afastado como requisito não intrínseco à celebração, uma vez que, em havendo já acordo de leniência firmado em relação ao cartel relacionado, sua exigência far-se-á indispensável, por força do Art. 129-G, do Regimento Interno do CADE.

⁸⁶ O ajuste obtido por meio do *consent decree* pode incluir o pagamento de uma restituição, mas não o pagamento de uma multa.

Em que pese a experiência brasileira ainda ser nova e a base amostral reduzida, já podem se abstrair tendências relevantes acerca do comportamento dos agentes econômicos frente ao TCCs para resolução de casos de cartel. Abaixo, encontram-se alguns dos resultados desta investigação:

- 1) Com base na análise interprocessual, foi possível detectar que a celebração de TCCs encontra-se hoje concentrada em casos de cartel *internacional* (65%) e, ademais, fortemente concentrada em *empresas* (80%), as quais são os principais agentes de cartel e sob os quais recaem as multas mais pesadas.
- 2) Ainda com base na análise interprocessual, observamos que 60% dos TCCs em cartel *nacional* celebrados dizem respeito a agentes condenáveis pelo art. 23, inc. III, da Lei de Defesa da Concorrência, os quais não possuem, via de regra, papel de protagonismo no conluio e cujas sanções aplicáveis são mais leves.
- 3) Já pela análise intraprocessual, averiguamos que, em termos *gerais*, a proporção média de agentes dentro de um *mesmo* cartel que recorrem ao TCC é duas vezes superior em casos de cartel *internacional* (32,2%) em comparação aos de cartel *nacional* (16,1%).
- 4) Pela análise intraprocessual, foi possível detectar, ao segregarem-se os números em grupos de agentes, que, em um *mesmo* cartel, (a) a percentagem de *empresas* e *pessoas físicas* que celebram TCC em cartel *internacional* é, respectivamente, o triplo e o dobro do mesmo percentual para cartel *nacional*; e (b) a percentagem de *associações, sindicatos e entidades* que celebram o TCC é nula para cartel *internacional* e expressiva (60%) para cartel *nacional*.
- 5) Tanto para a análise de resultados interprocessual como intraprocessual, podemos afastar a hipótese de viés por análise da tendência de condenações por cartel no CADE durante o mesmo período da pesquisa (2007 a setembro de 2010).
- 6) Em conjunto, excluída hipótese de viés, os exames interprocessual e intraprocessual permitem concluir que há notável concentração de ocorrência de celebração de TCCs em casos de cartel *internacional* e para *administradores* e, em especial, *empresas* envolvidas nessas colusões de escopo internacional.
- 7) Por fim, pela análise de incentivos, não se pode identificar, pelo menos de forma expressa nos votos dos Conselheiros, uma política clara e consistente de concessão de “prêmios” via redução de multas aplicáveis às partes.

Diante da constatação de recurso aos TCCs envolvendo *empresas* supostamente envolvidas em cartel internacional, algumas especulações são possíveis.

Parece pertinente aventar que os cartéis internacionais, com frequência, envolvem agentes ligados a grandes e famosas corporações, cujo risco reputacional dos agentes é elevado. Além dos estímulos relacionados à preservação da reputação no mercado, parece igualmente pertinente supor que a redução de incertezas e delongas de processos seja incentivo adicional. A inferência plausível é de que tais agentes, uma vez acusados em diversas partes do mundo pela mesma infração, decidem resolver as questões com o maior número possível de jurisdições simultaneamente. (Departamento, 2008, p. 2) As grandes empresas seriam propensas a buscar afastar a responsabilização do cartel por meio de acordo com a maior rapidez possível e em múltiplas jurisdições. Uma vez que concluiriam acordos para resolver litígios ao redor do mundo, firmariam TCCs igualmente para encerrar casos no Brasil.

A comparação com experiências internacionais induz a inferências dignas de nota. Destoamos, de certa forma, de sistemas como o norte-americano e o europeu, os quais costumam conferir descontos aos agentes que concluem acordos além dos de leniência para resolução de casos de cartel. Conforme concluído pela pesquisa, no Brasil, não pode ser identificada uma prática consistente e previsível de aplicação de vantagens, tampouco podendo se depreender quaisquer reduções evidentes e robustas em relação às multas aplicáveis aos agentes.

A prática brasileira, assim, parece não estar em completa consonância com as recomendações internacionais na matéria. A OCDE sugere que, para que se otimizem os instrumentos de *settlement*, a autoridade antitruste deve estabelecer políticas claras, de forma que sua prática seja registrada e conhecida pelo público, bem como que sua reputação seja de transparência, consistência e justiça em face da resolução negociada de litígios. (Organização, 2008, pp. 2 e ss.) A *International Competition Network* - ICN, por seu turno, considera a previsibilidade e a certeza elementos chaves dos acordos em cartel. (International, 2008, pp. 8 e ss.)

De qualquer forma, podemos entender que os agentes necessitam ter sinais claros das regras do jogo, para que possam otimizar suas estratégias de defesa, incluindo a possibilidade de recorrer ao acordo. No caso específico brasileiro, há de se considerar que tampouco política de cominação de multas clara e previsível existiria em tese, a fim de permitir maior previsibilidade em face do vasto cenário para condenação previsto com base no art. 23 e das atenuantes e agravantes do art. 27, ambos da Lei 8.884/94. Com toda a probabilidade, uma vez inexistindo política clara de estabelecimento de multas, tampouco poderá haver marco previsível para a concessão de descontos na fixação de contribuições pecuniárias.

Um sistema de celebração de acordos efetivo necessita que tanto o poder público como os participantes do cartel se beneficiem desse acordos. Com a difusão dos programas de leniência, a tendência seria que se incrementem o número de condutas de cartel submetidas ao julgamento do Conselho, e, conseqüentemente, *a priori* pareceria desejável que houvesse estímulos eficazes para a conclusão de Termos de Compromisso de Cessação de Prática em processos que julguem tais casos. Enfim, os agentes necessitariam de incentivos significativos, sobretudo transparentes e claros, a fim de que pudessem recorrer aos TCCs.

A definição de desconto ótimo é tema candente de estudos futuros e fugiria ao escopo dessa investigação tentar defini-lo. De pronto, ousamos apontar que, dado nosso sistema híbrido (ou seja, as demandas pelos instrumentos de leniência e TCC estão interrelacionadas, e há a possibilidade de superposições indevidas), a redução de multa deve ser alta a ponto de criar incentivos e incrementar a demanda pelo instrumento de TCC. No entanto, os descontos não podem ser tão altos a ponto de atrair inocentes para a sua celebração, apenas no afã de resolverem litígios e evitar risco reputacional. Ademais, no caso particular de não existência de acordo de leniência, o desconto para TCC sem confissão de culpa há que ser menos vantajoso do que o concedido via leniência, a fim de evitar que agentes com alta propensão a se candidatar a leniência acabem por optar pelo TCC nesse formato. Assim, o desconto ótimo há de ser definido tendo em consideração todos esses *trade-offs*.

Outrossim, é adequado que a redução de multa incorpore o valor presente da multa, com atualização monetária e remuneração financeira estimada com referência a momento futuro em que decisão do CADE seria de fato executável. Ademais, em cenário de possível judicialização das decisões do CADE, é importante se ter em mente a rivalidade representada por outros possíveis descontos, em particular os acordados com as autoridades públicas em sede de transações judiciais. Por derradeiro, uma política clara e transparente de descontos não se sustenta sem que seu principal, a multa pela infração, seja embasada em práticas e entendimentos uniformes sobre sua definição.

Nesse intento, a edição de um guia de aplicação de multas, como o *Commission's Fining Guidelines* da União Europeia, apesar de não ser a panaceia, poderia auxiliar sobremaneira na compilação de práticas e experiências das autoridades antitruste e na consolidação de entendimentos.

Referências

- Connor, J. M. (2006). Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartels. In: Ghosal, V. e Stenneck, J. (Eds.). *The Political Economy of Antitrust*. Amsterdam: North-Holland, pp. 177 – 216.
- Conselho da Europa. (2010). Jornal Oficial (PRES). *Antitrust: Commission adopts first cartel settlement decision – questions & answers* (Reference: MEMO/10/201). Bruxelas: Jornal Oficial (PRES).
- Conselho da Europa. (2008) Jornal Oficial (PRES). *Antitrust: Commission introduces settlement procedure for cartels* (Reference: IP/08/1056). Bruxelas: Jornal Oficial (PRES).
- Cooter, R. D. e Rubinfeld, D. L. (1989). Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution. In: *Journal of Economic Literature*. San Diego: American Economic Association, 27, pp. 1067 – 1097. Recuperado em http://works.bepress.com/robert_cooter/30 em 30 julho 2010.
- Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América. (2006a). Departamento de Justiça. Divisão Antitruste. *Measuring the Value of Second-In Cooperation in Corporate Plea Negotiations*. Washington: DoJ.
- Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América. (2006b). Departamento de Justiça. Divisão Antitruste. *The U.S. Model of negotiated plea agreements: a good deal with benefits for all*. Washington: DoJ.
- Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América. (2008). Divisão Antitruste. *Cartel Settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions*. Washington: DoJ. Recuperado em <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/235598.pdf> em 14 agosto 2010.
- Dias, J. C. (2009). *Análise econômica do processo civil brasileiro*. São Paulo: Método.
- Gico Jr., I. T. (2006). *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex.
- Global Competition Review. (2008). *EU Settlements Procedure Met with Skepticism*. Londres: Law Business Research Ltd. Recuperado em http://www.globalcompetitionreview.com/news/news_item.cfm?item_id=6935 em 18 agosto 2010.
- Hettich, P. (2010). Restoring Accountability and Oversight in the Antitrust Settlement Process. In: University of St. Gallen Law School. *Law and Economics Research Paper Series*. [S.l.]: St. Gallen University. Recuperado em <http://ssrn.com/abstract=1562712> em 18 agosto 2010.
- International Competition Network. (2008). Cartel Working Group. Subgroup 1 – General Legal Framework. *Cartel Settlements*. Kyoto: ICN.
- Jacobson, J. M. (2007). American Bar Association - ABA. *Antitrust Law Developments*. (6.ed). Washington: American Bar Association. Section of Antitrust Law.
- Kroes, N. (2006) Enforcement of Prohibition of Cartels in Europe. In: Ehlermann, C. e Atanasu, L (Eds.). *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*. Oxford: Hart Publishing.
- Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. (2002). Divisão de Competição. *Fighting Hard-Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programs*. Paris: OCDE

- Reports, p. 80-81. Recuperado em <http://www.oecd.org/dataoecd/41/44/1841891.pdf> em 16 agosto 2010.
- Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. (2010). Divisão de Competição. *Lei e Política de Concorrência no Brasil*. Uma Revisão pelos Pares. Paris: OCDE. Recuperado em http://www.cade.gov.br/upload/OCDE_Peer_Review_2010_Portugues1.pdf em 18 agosto 2010.
- Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. (2008). Divisão de Competição. *Plea Bargaining and Settlement of Cartel Cases. Policy Brief*. Paris: OCDE Observer.
- Patrício, M. C. T. (2005). *Análise económica da litigância*. Coimbra: Almedina.
- Polinsky, A. M. (1989). *An introduction to law and economics*. (2.ed). Aspen: Law & Business.
- Polinsky, M. A. & Shavell, S. (Eds.). (2007). *The Handbook of Law & Economics*. San Francisco: North Holland.
- Shavell, S. (2004). *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press.
- Shavell, S. (1993). The Optimal Structure of Law Enforcement. In: *Journal of Law and Economics*. Chicago: University of Chicago, 36, (255).
- Stephan, A. (2007). *The Direct Settlement of EC Cartel Cases*. East Anglia: Centre for Competition Policy. Recuperado em http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels_settlements/astephan.pdf em 1º agosto 2010.
- Vicentini, P. C. E. (2010). A confissão de culpa nos termos de compromisso de cessação: requisito essencial ou prescindível, face ao programa de leniência? In: *Revista do IBRAC*, 17, (1) , pp. 252 – 274.
- Williamson, O. E. (1983). *Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications*. New York: Free Press.
- Wils, W. P. J. (2006). The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles. In: Ehlermann, C. D. e Marquis, M. (Eds.). *O European Competition Law Annual 2008: Settlements under EC Competition Law*. Oxford: Hart Publishing.