

Prêmio IBRAC-TIM 2016

**O CASO DO CARTEL DE CAPACITORES E AS DIVERGÊNCIAS
SOBRE A BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES
PECUNIÁRIAS NOS TERMOS DE COMPROMISSO DE
CESSAÇÃO¹**

The Capacitors Case and the Incongruences on
Defining Values for Fines in Cease and Desist Agreements

Bruno Polonio Renzetti²

Resumo: No Direito da Concorrência a consensualidade se expressa pelo Termo de Cessação de Conduta. Seu regramento legal está previsto no art. 85 da Lei de Defesa da Concorrência. Entretanto, nas últimas sessões de julgamento do Conselho foi questionada a base de cálculo imposta pela Lei para as contribuições pecuniárias obrigatórias em caso de TCC. O presente artigo investiga as divergências sobre a base de cálculo expressadas por Conselheiros durante o julgamento do Caso do Cartel de Capacitores, analisando impactos que a insegurança jurídica pode trazer para o direito concorrencial e propondo agenda de pesquisa para o tema.

Palavras-Chave: Base de Cálculo; TCC; Cartel; Consensualidade; Acordos Substituívos.

Abstract: Cease and Desist Agreements and have been used by the CADE in order to end collusive conducts and its rules are expressed in art. 85 of the Brazilian Competition Act. Nonetheless, questions have risen about the compulsory monetary contributions and how it is calculated in the agreements. In this sense, this paper aims to investigate such questions, especially those risen during the case of the Capacitors Cartel, analyzing the impacts that legal uncertainty brings to Antitrust Law and proposing a research agenda for the theme.

¹ Artigo submetido ao Prêmio IBRAC-Tim 2016, categoria pós-graduação. Agradeço aos comentários e revisão do amigo Thiago Nascimento dos Reis (Stanford University).

² Mestrando em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, sob orientação do Prof. Dr. Carlos Ari Sundfeld. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Advogado inscrito na OAB/PR.

Keywords: Cease and Desist; Collusion; Public-Private Agreements; CADE; Contributions.

1. Introdução

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência sofreu intensas mudanças nas últimas duas décadas, desde a promulgação da Lei 8.884/94, em um movimento constante de evolução da matéria concorrencial no país.

Com a promulgação da Lei nº 12.529/2011 – a Nova Lei de Defesa da Concorrência (“LDC”) – as autoridades antitruste passaram a usar mais intensamente os mecanismos de consensualidade entre administração pública e agentes investigados. Entre estes mecanismos, destaca-se o Termo de Compromisso de Cessação (“TCC”), disciplinado pelo art. 85 da LDC. Dados oficiais do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) mostram o constante aumento do número de TCCs firmados pelo Conselho³.

A LDC e o Regimento Interno (“RI”) do CADE impõem alguns requisitos obrigatórios para a celebração dos TCC. Entre eles, encontra-se a necessidade de recolhimento de uma contribuição pecuniária obrigatória ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (“FDD”) nos casos de cartel.

A discussão que o presente artigo traz diz respeito exatamente a um aspecto essencial desta contribuição: a sua base de cálculo. A LDC elegeu, em seu art. 37, I, a base de cálculo aplicável: “valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimativa”. Entretanto, como se discute no desenvolver do texto, o CADE vem experimentando questionamentos sobre se esta base legal é realmente a mais apropriada.

Com isto em mente, o artigo se estrutura da seguinte forma: a próxima seção explora a consensualidade na atividade do CADE, principalmente no tocante aos termos de compromisso de cessação. Em seguida, a seção 3 explica as divergências que surgiram, no bojo do processo do Caso do Cartel de Capacitores, sobre a base de cálculo aplicável para a contribuição pecuniária obrigatória nos casos de TCC de cartéis. A seção seguinte debate os possíveis impactos que esta indefinição e insegurança quanto à base de cálculo pode

³ BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica. *Relatório de Gestão do Exercício de 2015*. Publicação Institucional, 2016, p. 82 e ss.

trazer para o Direito da Concorrência. A quinta e última seção conclui e propõe uma agenda de pesquisa para aperfeiçoamento do TCC.

2. A consensualidade na atividade da autoridade da concorrência: os Termos de Compromisso de Cessação no CADE

Os acordos colaborativos – acordos de leniência e termos de compromisso de cessação - são instrumentos de grande importância de que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica dispõe para o combate a condutas anticompetitivas, representando exemplos da consensualidade entre Administração Pública e agentes econômicos suspeitos de infrações à concorrência. Nos casos de cartel, a celebração de TCCs é especialmente útil para a autoridade da concorrência devido ao alto *standard* de prova que as práticas colusivas possuem, devido a dificuldade de se comprovar a conduta por ter ela natureza confidencial e não sendo paralelismo de preços prova suficiente para comprovar a existência de cartéis. Assim, a partir da celebração de TCC se atinge o objetivo de cessar a prática anticoncorrencial sem o dispêndio de muitos recursos em sua investigação, além de se restabelecer o regular funcionamento do mercado.

O TCC é acordo celebrado no âmbito do processo administrativo sancionador, dentro do escopo do controle de condutas do CADE. Uma vez que o compromisso é acordado, suspende-se o processo acusatório em face do Compromissário, sendo posteriormente arquivado, caso se verifique que todas as condições estipuladas no TCC foram atendidas. O devido cumprimento do TCC torna dispensável a conclusão do processo administrativo originário. De acordo com Juliana Bonacorsi de Palma, tais acordos se caracterizam pelo efeito terminativo do processo administrativo no qual são celebrados. É verdadeiro instrumento do exercício alternativo da função administrativa e evidenciam a consensualidade entre particular e Administração Pública. Palma também entende que, no cenário brasileiro, o papel dos acordos substitutivos corresponde à suspensão do processo pela celebração do acordo e terminação consensual do processo, uma vez examinada a satisfação das condições combinadas⁴.

⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e Acordo na Administração Pública*, p. 252. A autora aponta finalidades específicas dos acordos substitutivos: “(i) substituir a sanção administrativa ao final do processo administrativo; (ii) suspender o trâmite do processo administrativo sancionador com a celebração do acordo administrativo e, após cumprimento de seus termos, determinar a extinção do processo; ou (iii) impedir a instauração de processo administrativo sancionador.”

A possibilidade de celebração de acordos entre as autoridades da concorrência e os particulares alvo de investigações não é de toda nova. A antiga lei nº 8.884/1994 já previa em seu texto a possibilidade de celebração de Medidas Preventivas, Compromissos de Desempenho e Termos de Compromisso de Cessação, além do Acordo de Leniência, inserido com a promulgação Lei nº 10.149/2000.

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011, a disciplina dos TCCs sofreu algumas alterações. Criou-se a regra de propositura única, a proibição expressa de suspensão do processo durante a negociação, a obrigatoriedade do caráter público do compromisso celebrado, a obrigatoriedade do indeferimento da proposta quando houver impasse e a expressa possibilidade da participação de terceiros interessados e de entes federativos durante as negociações⁵. Ainda, de acordo com o art. 85 da Nova Lei da Concorrência, deve constar no texto do TCC as obrigações do representado, a fixação do valor de multa por descumprimento e a fixação do valor de contribuição pecuniário do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. Cumpre ressaltar que, de acordo com o §2º do art. 85, tal recolhimento de contribuição ao FDD é obrigatório em casos de investigação de cartéis e práticas concertadas, sendo facultativo em casos de condutas unilaterais⁶.

Ao se apreciarem os números referentes a celebração de TCCs no CADE, pode-se chegar a conclusão de que este instrumento consensual está sendo cada vez mais utilizado e melhor aceito pelos atores de mercado. De acordo com os dados constantes no Relatório de Gestão do Conselho, foram apreciados 62 requerimentos de TCC no ano de 2015, com a homologação de 56 deles, representando uma alta taxa de 90% de homologação. Em decorrência destas homologações, foi recolhido o total de R\$ 464.955.618,41 ao FDD, em caráter de contribuição pecuniária prevista no art. 85, §2º. A título de comparação, em 2014 a arrecadação ao FDD devido a TCCs totalizou o valor bem inferior de R\$ 168.493.149,80.

⁵ MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos*, p. 388.

⁶ Sobre o assunto, Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Leonardo Casagrande (*Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*, 2016, p. 191-192) apontam que nos casos de conduta unilateral o CADE muitas vezes possui interesse maior em negociar remédios antitruste em detrimento de imposição de multa, com o objetivo de tornar a competição mais saudável do que a obtenção de contribuição pecuniária. A imposição ou não de contribuição nos casos de condutas unilaterais está dentro do escopo de discricionariedade que a lei conferiu ao Administrador quando da negociação de TCCs.

O regramento normativo dos TCCs está estipulado no art. 179 e seguintes do Regimento Interno do CADE, alterado pela Resolução nº 15/2016⁷. O RI prevê algumas consequências não dispostas na lei: de acordo com seu art. 185, o compromisso de cessação deverá conter, *necessariamente*, reconhecimento de participação do compromissário na conduta investigada. Ainda, o art. 186 prevê a necessidade de colaboração do compromissário com a instrução processual.

No mesmo sentido, o *Guia: Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel*, editado em maio de 2016, traz em seu bojo todas as fases necessárias para a celebração de um TCCs, esclarecendo os procedimentos e requisitos necessários, bem como suas implicações posteriores para o compromissário. É instrumento que visa fomentar e incentivar a celebração dos TCCs, conferindo maior celeridade aos processos administrativos e poupando recursos de ambos os lados.

Uma das passagens mais detalhadas do *Guia* diz respeito à base de cálculo das contribuições pecuniárias obrigatórias nos TCCs celebrados em casos de cartel. A metodologia para cálculo da contribuição pecuniária da empresa compromissária está presente no art. 37, I, da Lei 12.529/2011, estabelecendo que (i) a multa será de 0,1% a 20% do valor do faturamento *bruto* da empresa, grupo ou conglomerado (ii) obtido no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, (iii) no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, (iv) nunca sendo a multa inferior à vantagem auferida.

O uso do critério de ramo de atividades desperta muita insatisfação⁸. É um conceito incerto, que o CADE tentou resolver ao editar a Resolução 3/2012, listando Ramos de Atividade com base no Cadastro Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) do IBGE. Entretanto, o que se verifica é a

⁷ O art. 179 do RI indica que o Requerimento de TCC pode ser apresentado antes da instauração do processo administrativo, devendo ser apresentado diretamente à Superintendência-Geral caso ainda se trate de Procedimento Preparatório de Inquérito Administrativo ou do próprio Inquérito. A doutrina também assim entende: “os acordos substitutivos podem ser celebrados anteriormente à instauração de processo administrativo sancionador, com a finalidade de interditar o início de instrução processual administrativa.” (PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e Acordo na Administração Pública*, p. 254).

⁸ Leonor Cordovil aponta que a previsão de base de cálculo como sendo o ramo de atividade gerou muita divergência no processo legislativo que culminou na Lei 12.529/2011 (*Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*, 2011, p. 122).

ampliação quanto à base de incidência da multa⁹. Tal ampliação tem levado alguns Conselheiros a utilizarem critérios divergentes dos presentes na lei como base de cálculo para a contribuição¹⁰.

Com o objetivo de tentar diminuir os efeitos da ampliação da base de incidência da multa a partir do uso do critério de ramo de atividade, o CADE lança mão de critérios para “Parametrização para fins de proporcionalidade” da contribuição pecuniária, previstos no *Guia*. A parametrização se dá principalmente no que tange ao ramo de atividades, ao ano base do faturamento e com relação ao faturamento em território nacional¹¹.

Não obstante todas as soluções empregadas pelo Conselho para melhor parametrizar suas contribuições pecuniárias, recentes debates no âmbito do Tribunal Administrativo vêm trazendo novos elementos ao debate acerca da base de cálculo das contribuições pecuniárias celebradas no seio de TCCs. É o que se analisará a seguir.

3. As divergências quanto à base de cálculo: o caso do cartel de capacitores

A discussão sobre a base de cálculo das contribuições pecuniárias teve novo capítulo durante a 89ª Sessão Ordinária de Julgamento (“SOJ”) do CADE, no dia 27 de julho de 2016. Foi levado a Plenário o Requerimento nº 08700.001449/2015-02, para fins de homologação de TCC originário do Processo Administrativo 08700.010056/2014-09, o qual investigava suposto cartel internacional no mercado de capacitores eletrolíticos e capacitores de filme. O Requerimento de TCC foi feito pela Representada Rubycon Corporation.

⁹ Segundo o advogado Daniel Tobias Athias, a legislação de 2011 fez uma escolha diferente da que havia sido feita em 1994. Para o autor, pode-se “alegar que houve uma compensação da redução do intervalo da multa e do critério de faturamento no ramo afetado por uma ampliação na definição do que seria o próprio ramo.” In.: *Precificando acordos com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. 08 de set. de 2016.

¹⁰ O Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo, em seu voto no Requerimento 08700.002026/2016-82, entendeu que em casos em que se verifica faturamento maior no ramo de atividade do que no mercado relevante, deve-se utilizar como base de cálculo o faturamento virtual no mercado relevante como base de cálculo, em detrimento do ramo de atividade.

¹¹ BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica. *Guia: Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel*. Publicação Institucional, 2016, p. 25-27.

O Conselheiro-Relator Gilvandro Araújo levou ao Tribunal seu voto a favor da homologação da proposta de TCC. Em suas razões, além de entender como oportuna e conveniente a proposta do termo, explicou como se deu o cálculo para atingir o valor da contribuição pecuniária obrigatória: levou-se em consideração a média dos faturamentos da Representada durante o período das práticas anticompetitivas e também o valor médio dos anos em que houve faturamento com o *produto* objeto da conduta anticompetitiva no mercado brasileiro, dado que se tratava de cartel internacional. O Conselheiro-Relator justificou que fazia sentido utilizar o valor médio dos faturamentos – e não o faturamento bruto verificado no último exercício anterior à instalação do processo administrativo, como prevê o art. 37, I, da Lei 12.529/2011 – por ter se constatado uma redução de cinco vezes no faturamento anual da Compromissária durante o período da prática anticoncorrencial, incluindo-se nesse período o ano imediatamente anterior à instalação do processo. Ainda, utilizou a dimensão *produto* e não ramo de atividade, a fim de se estabelecer um corte no faturamento da Representada verificado somente no território nacional¹².

A metodologia para estipulação da base de cálculo utilizada pelo Conselheiro-Relator não passou incólume pela apreciação do Tribunal. Os Conselheiros João Paulo de Resende e Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt expressaram, em seus respectivos votos-vogais, descontentamento com o método utilizado por Araújo para calcular o valor da contribuição pecuniária.

Em suas razões, a Conselheira Cristiane Alkmin foi enfática ao reconhecer que o TCC hoje se mostra como um dos principais instrumentos que o CADE dispõe para combater os casos de cartéis *hard core*. Entretanto, a Conselheira é da opinião de que este instrumento de composição entre Autoridade da Concorrência e particular pode ser melhor estruturado, principalmente no que toca à forma de cálculo da contribuição pecuniária obrigatória ao FDD¹³.

A principal mudança que a Conselheira propõe na metodologia de cálculo da contribuição pecuniária diz respeito à direta correlação entre o valor da contribuição e o dano perpetrado pela conduta do agente. Para Alkmin, “a sanção pecuniária, para ser redistributiva e dissuasória, precisa ser maior do que o dano causado pela conduta anticompetitiva.” Frente a isso, entende a

¹² Requerimento nº 08700.001449/2015-02. Voto do Conselheiro Gilvandro Araújo, §§ 56, 57.

¹³ Requerimento nº 08700.001449/2015-02. Voto-Vogal da Conselheira Cristiane Alkmin, §5. Sobre o cálculo da contribuição pecuniária, aduz a Conselheira, em seu voto, no §7, que “este tema é a *bola da vez* e precisa ser endereçado com cautela e rigor.”

Conselheira que o cálculo do dano é imprescindível nos casos de TCC, a fim de se aperfeiçoar o que é feito hoje¹⁴.

O incômodo da Conselheira reside no fato de que não há *lógica econômica* no cálculo da contribuição pecuniária – somente a aplicação arbitrária de um número. Para ela, “[as sanções] são impostas como um percentual exógeno sobre o faturamento do grupo de um determinado ano sobre de um ramo de atividade”. Assim, o valor da contribuição pode ser tanto maior quanto menor do que o dano causado à sociedade.

Ao final de seu voto, a Conselheira reitera que o cálculo de dano deve ser utilizado em qualquer conduta anticompetitiva, não somente nos casos de cartel. Entretanto, em que pese todo esse arrazoado contrário à forma de cálculo da contribuição pecuniária no caso em discussão, votou Cristiane Alkmin pela homologação do TCC.

O Conselheiro João Paulo de Resende, por outro lado, votou no sentido da não homologação da proposta de TCC. Cumpre ressaltar que na sessão imeditamente anterior, a 88ª SOJ, realizada em 22 de julho de 2016, o Conselheiro já havia advertido, em seu voto-vogal no âmbito do Requerimento nº 08700.002492/2015-87, no qual constava como Requerente a Mahle Behr Gerenciamento Térmico Brasil Ltda., que passaria a não mais homologar propostas de termos de cessação de conduta que não apliquem sanções mais duras em casos de maior dano e nos quais o cálculo da contribuição não guarde relação com a vantagem extraída pela empresa Representada¹⁵.

No Caso do Cartel de Capacitores, o Conselheiro Resende se insurgiu quanto à estimativa da contribuição pecuniária a ser paga pela empresa Representada. Resende aponta que foi utilizada como base de cálculo a dimensão *produto* da conduta, em detrimento da dimensão *ramo de atividade*, como prevê o art. 37 da Lei nº 12.529/2011.

João Paulo de Resende entende que há situações em que se justifica a proporcionalização do valor da contribuição em decorrência de ter ocorrido em mercado inferior ao ramo de atividade aplicável segundo a Resolução 3/2012 do CADE. Entretanto, “tal proporcionalidade deve ser feita por meio da

¹⁴ No decorrer de seu voto-vogal, a Conselheira deixa clara sua insatisfação com o fato de que o cálculo das contribuições pecuniárias não guardam relação com o dano causado à sociedade pela conduta antitruste (§11, 14). Economista de formação, Alkmin indica que o uso do instrumental econômico e estatístico é indispensável na aplicação de leis e sanções, devendo os aplicadores da lei – entre eles, o CADE – possuírem maior ciência sobre as consequências das aplicações das normas (§15).

¹⁵ Requerimento nº 08700.002492/2015-87. Voto-Vogal do Conselheiro João Paulo de Resende, §7.

variação da alíquota, e não da base de cálculo, respeitando-se, assim, o comando da Lei e da Resolução.” O espaço de discricionariedade do administrador está no valor da alíquota a ser aplicada – 0,1% a 20% –, não na definição da base de cálculo: segundo o comando do art. 85, §2º, c/c art. 37, I, da Lei de Defesa da Concorrência, a base de cálculo da contribuição pecuniária do TCC é o faturamento bruto da empresa, ou grupo econômico, auferido no ano anterior à instalação do processo administrativo e no ramo de atividade correspondente.

Na visão do Conselheiro, a escolha feita pela lei – faturamento no ramo de atividade e não pelo produto – é para justamente dotar a autoridade antitruste de maior discricionariedade no momento da dosimetria da pena, isto é, na ocasião em que se fixa a alíquota para a contribuição pecuniária, assim como ocorreu no Caso das Cargas Aéreas¹⁶. A alíquota, por sua vez, deve ser fixada a partir da observância das particularidades de cada caso concreto, suas atenuantes e agravantes (art. 45 da Lei nº 12.529/2011).

Portanto, o Conselheiro João Paulo de Resende não deixa dúvidas quanto à sua posição de que a análise acerca da proporcionalidade da contribuição deve ocorrer no momento de fixação da alíquota, espaço de discricionariedade do administrador. A alíquota deve ser pensada não somente na dimensão produto, mas também na função tempo – pelo prazo de duração do cartel¹⁷. Assim, por entender que a base de cálculo deve ser o faturamento no ramo de atividade, ainda que com uma alíquota menor, o Conselheiro votou pela não-homologação da proposta da TCC.

4. Os impactos da indefinição de base de cálculo no direito da concorrência

As divergências apresentadas durante a apreciação do requerimento de TCC no cartel de capacitores orbitaram em volta de duas questões principais

¹⁶ PA 08012.011027/2006-02. Como relembra o Conselheiro João Paulo de Resende, houve aplicação de alíquotas diferentes para as Representadas, de acordo com seu faturamento em dado ramo de atividade – transporte de passageiros ou de cargas.

¹⁷Sobre o cartel dos capacitores, discorre o Conselheiro Resende: “Recordo, segundo as notas técnicas instrutórias, que a presente conduta teve duração entre três e oito anos, a depender do produto. A OCDE, por meio do Relatório “*Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programs*”, de 2002, estima que o sobrepreço praticado por empresas em cartel varia de 10% e 20%, com média de 15,75%. Nesse cenário, o acréscimo, a uma alíquota-base de 15%, de 0,1 pontos percentuais por ano de conduta, quando aplicados sobre uma base distinta do ramo de atividade, não me parece aderir ao princípio da proporcionalidade.”

atinentes à base de cálculo de TCCs: primeiro, a necessidade do valor da contribuição pecuniária guardar ligação com o dano sofrido pela sociedade a partir da conduta anticoncorrencial e, em segundo lugar, qual seria o espaço de discricionariedade do administrador no momento de definição do valor da contribuição pecuniária.

Para se responder a primeira questão, deve-se fazer uma regressão para se investigar qual seria a natureza da contribuição pecuniária prevista no termo de cessação de conduta. Não há dúvidas de que se trata de uma sanção administrativa¹⁸ imposta pela Autoridade Antitruste, em *substituição* a eventual multa que poderia ser aplicada quando do julgamento do processo administrativo. Entretanto, faz-se necessário investigar qual a função de tal sanção: retributiva ou ressarcitória.

Diz-se que a sanção retributiva possui fim em si mesma, esgotando-se na aplicação de uma medida aflitiva ao infrator. Não há qualquer pretensão de ressarcimento pelo dano causado ou objetivo de restabelecimento do *status quo ante*. A vítima da conduta delituosa não recebe qualquer forma de benefício, pois a sanção retributiva tem como finalidade somente a punição do agente que cometeu o ilícito. Todavia, isso não significa dizer que a sanção retributiva não possui também como finalidade a função preventiva, no sentido de prevenir a ocorrência de novos ilícitos. No âmbito do Direito da Concorrência, funciona como sinalizador ao mercado, ao desestimular novas práticas anticoncorrenciais¹⁹.

¹⁸ Em estudo sobre o tema, Rafael Munhoz de Mello aponta que a Administração e seus órgãos têm o *poder-dever* de atuar na defesa dos interesses públicos primários, pois “se a lei outorga competência sancionadora à Administração Pública é porque o legislador entende que o comportamento ilícito sancionado fere o interesse público, razão pela qual deve ser desestimulado. [...] Ocorrendo o ilícito previsto em lei, deve a Administração Pública impor a sanção, exercendo a competência que lhe foi outorgada pelo legislador. Portanto, a competência para impor a sanção é vinculada.” (*Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*, p. 71).

¹⁹ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*, p. 76. Nas páginas seguintes, o autor defende que a sanção administrativa para possuir caráter retributivo deve observar alguns princípios, entre os quais que a sanção somente pode ser imposta a quem agiu de modo voluntário e culposo. Todavia, entendo que tal pensamento não possa ser aplicado no âmbito do direito da concorrência brasileiro. Prevê o art. 36 da Lei nº 12.529/2011 que os atos que objetivem produzir efeitos deletérios à concorrência constituem infração de ordem econômica, *independentemente de culpa*. No mesmo sentido, Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Leonardo Casagrande apontam que as infrações da ordem econômica são de responsabilidade

A sanção ressarcitória, por sua vez, tem como objetivo não somente punir o infrator, mas também reparar o dano por ele causado, indenizando o prejuízo sofrido pela vítima. Pode-se dizer que a sanção ressarcitória coloca seus olhos sobre a vítima e não sobre o infrator. Não há incidência do regime jurídico punitivo, pois a finalidade da sanção é outra: a medida imposta pela Administração Pública deve ser capaz de alterar a situação de fato existente, reparando o dano causado à vítima. Todavia, em que pese existirem diferenças importantes, tanto as sanções com caráter retributivo quanto aquelas ressarcitórias são consequências negativas da inobservância de um dever jurídico²⁰.

Para os Conselheiros João Paulo de Resende e Cristiane Alkmin, é principalmente nesta segunda categoria que a contribuição pecuniária deve ser enquadrada. Como apontado alhures, defendem os Conselheiros que a dimensão dano da conduta deve ser levada em consideração no momento de fixação do valor a ser recolhido para o FDD²¹. A contribuição deve ser maior que o dano sofrido, para cumprir também sua função dissuasória. Desta forma, nas palavras de Alkmin, “o cálculo do dano não é um luxo, mas uma total necessidade, em nome do aprimoramento do que é feito atualmente”.

A matéria atinente ao cálculo do dano perpetrado pela ação colusiva de agentes econômicos é uma das áreas em que fica mais clara a necessária interação entre direito e economia no combate a condutas anticoncorrenciais. A teoria econômica de Peter Davis e Eliana Garcés aponta que a correta quantificação dos danos causados pelo cartel tem como ponto de partida estimar o preço que seria praticado caso não houvesse a colusão – para tanto, lança-se

objetiva e “a caracterização deve levar em conta os elementos concretos das condutas, e não eventuais intenções dos agentes envolvidos.” (*Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*, 2016, p. 99).

²⁰MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*, p. 78.

²¹Como apontado, a sanção ressarcitória busca reparar o dano causado à vítima pela conduta ilícita. Esta definição nos leva a questionar quem seria a vítima dos ilícitos concorrenciais. Nesta matéria, me filio ao pensamento do Prof. Calixto Salomão Filho, para quem o interesse tutelado pelo Direito da Concorrência é não somente o dos consumidores ou dos concorrentes, mas sim a preservação do sistema concorrencial como um todo, como instituição própria. A proteção dos interesses de consumidores e concorrentes é apenas instrumental para que se preserve a própria existência da concorrência (*Direito Concorrencial*, p. 79-80). Assim, correta a arrecadação dos valores ao FDD, visto que tal fundo tem, dentre suas finalidades, a reparação de danos causados à ordem econômica.

mão de variados modelos econômicos, onde as condições de mercado verificadas possuem grande importância²².

Todavia, no atual estágio do direito da concorrência no Brasil, entende-se que não cabe ao CADE fixar as contribuições pecuniárias a partir do dano perpetrado pela conduta anticoncorrencial. Inicialmente, pode-se apontar que tal critério não está presente na Lei nº 12.529/2011: o diploma legislativo somente prevê que o valor não poderá ser “inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação.” Também, o custo para aferição do dano causado pode se mostrar muito elevado, convertendo-se em verdadeiro efeito adverso à política de celebração de termos de cessação de conduta, pois compromete sua eficiência no momento da negociação. Aliado a isso, tem-se também que a imposição de contribuições pecuniárias a partir do cálculo do dano acabaria resultando em valores maiores do que os praticados atualmente. Nesse âmbito, é didática a passagem no voto do Conselheiro Gilvandro Araújo: “de nada adianta aplicar uma pena no teto da legalidade para sugerir rigor na avaliação, mas cujo resultado possa traduzir ou um valor inalcançável ou a decretação do fim da empresa.” No mesmo sentido, Pereira Neto e Casagrande apontam que se deve buscar, mesmo nos casos mais graves, punição que não tenha como consequência necessária a ruína de uma pessoa física e seus familiares²³.

Assim, em que pese entender o objetivo pedagógico da contribuição, a autoridade antitruste acabaria por atingir o efeito reverso, isto é, *desestimulando* a celebração dos TCCs, pois os agentes econômicos não mais teriam vantagens que os incentivassem a celebrar os termos. Em verdade, o aumento das contribuições desincentiva o uso de TCCs, por não representar um *trade-off* vantajoso para os agentes.

A segunda questão atinente à base de cálculo dos TCCs diz respeito à vinculação do administrador aos critérios colocados pela lei, principalmente os atinentes à “faturamento bruto no último exercício anterior à instauração do processo administrativo” e “ramo de atividade”.

²² DAVIS, Peter; GARCÉS, Eliana. *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, p. 347-381. Sobre a quantificação dos danos e a relação com as condições de mercado, apontam que os autores: “when market conditions do not vary greatly, this can be done by looking at historical time series and taking the price of the competitive periods as the benchmark competitive price during the cartel period. If market conditions do not vary over time, one may nonetheless be able to use a regression framework to predict the ‘but for’ prices during the cartel period.” (p. 380).

²³ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*, 2016, p. 3.

O Conselheiro Resende expressou seu descontentamento com o fato que os parâmetros estabelecidos pela lei não foram observados no Caso do Cartel de Capacitores. Cumpre ressaltar que tal caso não é único na doutrina, pois se observa na jurisprudência do CADE diversos TCCs onde o critério de ramo de atividade foi completamente ignorado. Em pesquisa conduzida por Mariam Daychoum²⁴, constatou-se que, entre 2013 e 2014, dos 27 TCCs celebrados, somente 19 levaram em consideração o ramo de atividade no momento de imposição da contribuição pecuniária. Houve, assim, ao menos 8 termos de compromisso de cessação que utilizaram outro parâmetro para a base de cálculo da contribuição, em detrimento do comando legal de uso do faturamento bruto verificado no ramo de atividade no exercício anterior à instauração do processo administrativo²⁵.

Ainda, se insurgiu também o Conselheiro quanto ao espaço de discricionariedade conferido pelo legislador ao Administrador. Resende entende que a discricionariedade da Autoridade Antitruste deve se manifestar no momento de definição da alíquota aplicável à base de cálculo, mas nunca no momento de definição desta última, por já ser ela definida legalmente.

Apesar de discordar do Conselheiro João Paulo de Resende no que toca à necessidade de se estabelecer a multa de acordo com o dano perpetrado pela colusão, corroboro sua opinião no que diz respeito à base de cálculo dos valores das contribuições pecuniárias.

A leitura do art. 37 da Lei de Defesa da Concorrência é muito clara quanto à base de cálculo: “*valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação*”. Não se verifica no texto legal, em nenhum momento, qualquer tipo de opção alternativa para o Administrador: há a previsão de uma, e *somente uma*, base de cálculo possível para as multas e contribuições pecuniárias. É uma decisão *vinculada* da Autoridade, não há espaço para qualquer tipo de discricionariedade.

Entretanto, a primeira parte do comando legal previsto no art. 37 estabelece um intervalo discricionário ao Administrador, ao prever que a

²⁴ DAYCHOUM, Mariam T. *A jurisprudência do CADE sobre a Base de Cálculo das Multas Administrativas Aplicadas por Infração à Ordem Econômica: o Critério do Ramo de Atividade*, p. 170.

²⁵ A saber: Requerimentos de TCC nº 08700.005949/2012-62; 08012-010028/2009-74; 08012.002568/2005-51; 08700.001718/2011-07; 08012.008850/2008-94; 08700.011043/2012-87; 08700.002028/2013-29; 08700.006544/2012-41.

alíquota da multa será de 0,1% a 20%. É no momento de definição da alíquota que a Autoridade Antitruste deve se valer de seu poder discricionário: para definição da alíquota a ser aplicada, deve ponderar sobre aspectos como o lapso temporal de duração da conduta e a verificação ou não das agravantes e atenuantes previstas no art. 45 da Lei nº 12.529/2011.

Não se pretende aqui criticar a necessidade de proporcionalidade e razoabilidade no momento de fixação do valor a ser recolhido ao FDD a título de contribuição pecuniária. O que se objetiva aqui é apontar a necessidade de uma observância do comando legal: comando este que, como apontado, foi objeto de intensa discussão no Congresso durante a tramitação do Projeto de Lei. A parametrização pela proporcionalidade deve se dar no momento de definição da alíquota, nunca no estabelecimento da base de cálculo, pois esta já está definida peremptoriamente pelo art. 37 da Lei de Defesa da Concorrência.

Nesse sentido, no que diz respeito à definição da base de cálculo e do intervalo discricionário do Administrador, concorda-se com a opinião do Conselheiro João Paulo de Resende exarada em seu voto-vogal: a contribuição pecuniária dos TCCs deve ter como base de cálculo o faturamento no ramo de atividade, sendo a proporcionalidade aplicada no momento de dosimetria da alíquota.

Tem-se, portanto, que a não observância do comando legal por parte da Autoridade Antitruste no momento de fixação da base de cálculo da contribuição pecuniária representa perigosa afronta à segurança jurídica do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Uma vez que os agentes econômicos pautam suas ações a partir dos mais diversos incentivos, a falta de respeito ao comando legal transmite uma má sinalização ao mercado. A insegurança jurídica acaba por representar incentivo para a manutenção do ilícito e desincentivo para a celebração de futuros TCCs: caso o agente infrator seja pego, para ele é mais benéfico esperar o julgamento final do que celebrar um TCC que não segue diretrizes legais. Junte-se a isso o fato de que a insegurança jurídica também representa um grande problema para os escritórios de advocacia especializados em direito da concorrência: como não há um padrão seguido pelo CADE para o estabelecimento de base de cálculo das contribuições, o escritório não é capaz de fornecer informações e orientações adequadas a seu cliente, operando verdadeiro “jogo da adivinhação” de como cada caso será apreciado pela Autoridade.

5. Considerações finais

A discussão sobre a base de cálculo das contribuições pecuniárias previstas nos termos de compromisso de cessação celebrados pelo CADE se

inclui em um escopo maior que diz respeito à eficiência administrativa e instrumentalidade de seus institutos.

A possibilidade de celebração de acordos entre Administração Pública e agentes investigados representa ganho para os dois lados. Combate-se a falta de celeridade, bem como se economizam recursos escassos que acabariam sendo usados para investigação da conduta. Os instrumentos consensuais são legítimos instrumentos da atuação da Administração Pública e combatem os impasses burocráticos atinentes a tramitação de processos administrativos. Enxerga-se o TCC como verdadeiro instrumento para a promoção da funcionalidade do direito administrativo, apto a alcançar os objetivos do Sistema Brasileiro de Defesa Concorrência.

Entretanto, para que os agentes de mercado vejam o TCC como alternativa plausível para dar fim a seus processos, deve a autoridade da concorrência transmitir sinais claros e indubitáveis ao mercado. O primeiro deles deve ser o respeito à legalidade, não se afastando do que está prescrito em lei. A sensação de segurança jurídica é essencial para que novos TCCs possam ser celebrados.

Para tanto, é necessário que o CADE defina seu posicionamento quanto à base de cálculo aqui discutida. Entende-se que o órgão deve seguir as diretrizes presentes na lei, tendo atuação discricionária somente onde a lei o permite – no caso, a definição da alíquota aplicável. Caso a experiência do Conselho passe a demonstrar que a base de cálculo presente na lei não é a mais adequada, deve-se promover alteração legislativa para a imposição de nova base de cálculo de multas e contribuições. Não se entende ser possível a alteração dos critérios tão somente pelo *case law* do CADE: isso traria sérias consequências acerca da segurança jurídica nas decisões do Conselho e serviria como desincentivo para os agentes econômicos.

Entende-se, portanto, que, no momento atual, não deve a base de cálculo guardar qualquer relação com o dano perpetrado pela conduta, por este não ser um requisito previsto na lei. Hoje, a base de cálculo é o faturamento bruto verificado no ramo de atividade no ano anterior à instalação do procedimento administrativo. Não há espaço para escolha do legislador – sua única possibilidade de discricionariedade diz respeito à alíquota, que ainda assim deve respeitar balizas postas pela lei.

O tema das contribuições pecuniárias ainda possui muito espaço para evolução e uma vasta agenda de pesquisa pela frente. Como perguntas iniciais, pode-se apontar: como o valor acordado nos TCCs afeta eventual compensação para os consumidores afetados – há a possibilidade de *private enforcement*?²⁶

²⁶ Sobre o assunto, cf. GOMES, Adriano Camargo. Public compensation in Brazilian

Cumpra o TCC o papel de sanção efetiva a cartéis procurado pelo CADE? Há jurisdições que claramente separam punições administrativas, cíveis e penais – algo que não há no país. No que isto pode afetar a proteção da concorrência no Brasil? Ainda, há amplo debate sobre a participação do Tribunal de Contas da União em negociação de acordos de leniência. Poderia o TCU também participar das tratativas de TCC?

O debate sobre o valor das contribuições pecuniárias deve se dar de forma democrática, com a participação dos diversos *players* afetados e os diferentes interesses envolvidos. O Direito deve acompanhar as mudanças sociais: caso se verifique um melhor método para a base de cálculo, nada impede que este passe a ser aplicado – desde que operada alteração legislativa prévia. A segurança jurídica de consumidores, concorrentes e do próprio sistema concorrencial não podem ser afetadas.

Bibliografia

ATHIAS, Daniel Tobias. *Precificando acordos com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-08/daniel-tobias-athias-precificando-acordos-cade?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Requerimento nº 08700.001449/2015-02. Requerente: Rubycon Corporation. Voto Conselheiro-Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Requerimento nº 08700.001449/2015-02. Requerente: Rubycon Corporation. Voto-Vogal Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Requerimento nº 08700.001449/2015-02. Requerente: Rubycon Corporation. Voto-Vogal Conselheiro João Paulo de Resende.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Requerimento nº 08700.002492/2015-87. Requerente: Mahle Behr Gerenciamento Térmico Brasil Ltda. Voto-Vogal Conselheiro João Paulo de Resende.

Competition law: a mechanism to enhance the effectiveness of enforcement. In.: *Revista do IBRAC*, n. 26, 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica. *Guia: Termo de Compromisso de Cessação para casos de caratel*. Publicação Institucional, 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica. *Relatório de Gestão do Exercício de 2015*. Publicação Institucional, 2016.

CORDOVIL, Leonor *et al.* *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DAVIS, Peter; GARCÉS, Eliana. *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*. Princeton: Princeton University Press, 2010.

DAYCHOUM, Mariam T. A jurisprudência do CADE sobre a Base de Cálculo das Multas Administrativas Aplicadas por Infração à Ordem Econômica: o Critério do Ramo de Atividade. In.: *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 3, n. 1, maio/2015, p. 161-180.

GOMES, Adriano Camargo. Public compensation in Brazilian Competition law: a mechanism to enhance the effectiveness of enforcement. In.: *Revista do IBRAC*, n. 26, 2014.

MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Administrativos de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016.

