

COMPROMISSO DE CESSAÇÃO EM CASOS DE CARTEL: AVANÇOS RECENTES E PROPOSTAS DE APERFEIÇOAMENTO

ALBERTO MONTEIRO

Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Financeiro e Econômico

RESUMO: Visando fortalecer o programa de acordos em casos de cartel, o Cade editou recentemente regulamentação que trouxe inegáveis avanços quanto ao tema, como o incremento da participação da Superintendência-Geral na negociação e o estabelecimento de intervalos fixos de desconto na contribuição pecuniária. Contudo, a regulamentação requer ainda ajustes no sentido da construção de um programa de acordos que seja mais efetivo e transparente. Neste trabalho, fazemos algumas propostas de mudança nesse sentido, tratando de aspectos como o valor base para o cálculo das contribuições e as disposições referentes às obrigações de confessar culpa e cooperar com as investigações.

PALAVRAS-CHAVE: Antitruste – Concorrência – Cade – Cartel – Compromisso de cessação de prática – TCC – Acordo de leniência.

ABSTRACT: Aiming at strengthening the settlement program in cartel cases, Cade recently enacted regulations that brought undeniable advances on the subject, as the increasing of the participation of the superintendent general in the negotiation process and the establishment of fixed discount ranges on the amount of the pecuniary penalties. however, the regulation requires further adjustments towards creating a program that is more effective and transparent. In this work, we present some proposals of changes in that sense, addressing aspects as the value of the calculation basis of the penalties and the provisions relating to the obligations to confess guilt and cooperate with investigations.

KEYWORDS: Anti-trust – Competition – Cade – Cartel – Cease commitment – Settlement – Leniency agreement.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Avanços trazidos pela Res. 5/2013: 2.1 Negociação com a Superintendência-Geral; 2.2 Estabelecimento de intervalos fixos de desconto no valor da contribuição – 3. Algumas propostas para aperfeiçoar o programa de acordos em casos de cartel: 3.1 Valor base da contribuição pecuniária ("multa esperada"); 3.2 Obrigação de colaborar com a instrução processual; 3.3 Reconhecimento de participação na conduta investigada; 3.4 Características da cláusula de confissão de culpa – 4. Conclusões – 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

É consenso nas jurisdições concorrenciais mais importantes que a existência de um programa de acordos que seja transparente e atraente para os inves-

tigados é de fundamental importância para tornar o *enforcement* de cartéis mais eficaz e eficiente.

Reintroduzida apenas em maio de 2007, por meio de emenda à Lei 8.884/1994, a política nacional de acordos (Termo de Compromisso de Cessação – TCC) em cartéis vivenciou relativo sucesso, com casos importantes de cartéis internacionais sendo resolvidos pela via do TCC.¹

Todavia, a sistemática vigente ainda era insuficiente, particularmente por não fornecer níveis adequados de transparência e previsibilidade para os potenciais proponentes no que toca a fatores chave da negociação de um acordo, incluindo valor da contribuição, níveis de cooperação exigidos e extensão do reconhecimento de culpa.

A Lei 12.529/2011 não alterou o panorama geral, trazendo alterações pouco significativas a respeito do tema. Notando a necessidade de fortalecer seu programa de acordos em casos de cartel, o Cade editou a Res. 5/2013 em março de 2013 (incorporada ao Regimento Interno do Cade), na qual fica clara a intenção de conceder aos investigados maior previsibilidade quanto ao que se esperar de um TCC em casos de cartel.

Realmente, a Res. 5/2013 revela um progresso considerável no sentido de um sistema de acordos mais efetivo e eficiente, especialmente ao (a) incrementar a participação da Superintendência-Geral do Cade (“SG”) no progresso de negociação e (b) estabelecer intervalos fixos de desconto no valor da contribuição. Contudo, há por certo espaço para melhorias. No nosso entender, essa evolução necessariamente envolverá tópicos como (a) definição mais clara e razoável do valor base para o cálculo das contribuições, e (b) revisão das disposições referentes às obrigações de reconhecer participação no ilícito e de cooperar com as investigações.

Abaixo tratamos brevemente das melhorias já incorporadas pela Res. 5/2013 e esboçamos algumas propostas que entendemos deva o Cade levar em consideração para fortalecer ainda mais seu programa de acordos em casos de cartel.

-
1. Como exemplos, podemos citar o TCC firmado pela Whirlpool/Embraco (Requerimento 08700.001369/2009-09) no caso do cartel dos compressores (PA 08012.010932/2007-18); os TCCs firmados por Trelleborg Industrie, Manuli Rubber Industries e Bridgestone Corporation (Requerimentos 08700.002312/2009-19, 08700.005321/2008-81 e 08700.001882/2008-19) no caso do cartel das mangueiras marítimas (PA 08012.010932/2007-18); o TCC firmado pela Air France e KLM (Requerimento 08700.010220/2012-16) no caso do cartel do transporte aéreo de carga (PA 08012.011027/2006-02); o TCC firmado pela Liquigás (Requerimento 08700.002028/2013-29) no caso do cartel do GLP (PA 08012.002568/2005-51), entre outros.

2. AVANÇOS TRAZIDOS PELA RES. 5/2013

2.1 *Negociação com a Superintendência-Geral*

A possibilidade de negociação do TCC com a SG caso o processo ainda esteja em curso perante esse órgão consiste em valiosa inovação (art. 181). Durante o período em que o processo permanece com a SG, este é o órgão que possui o melhor conhecimento das peculiaridades do caso e está em melhor posição que o Tribunal para negociar um TCC com o investigado. A negociação com a SG tende a facilitar e acelerar o processo, eliminando o período que o relator necessariamente consumiria para inteirar-se da investigação à qual se refere o requerimento de acordo.

Outra inovação positiva relacionada com a participação da SG é a possibilidade de o órgão abordar os investigados para propor a negociação do TCC, sendo certo que a rejeição da proposta por parte do investigado não o impossibilita de apresentar a sua própria no futuro, se achar conveniente.

Como nota final, vale destacar que, em qualquer caso, o Tribunal Administrativo permanece com a palavra final sobre o assunto, uma vez que, finalizada a fase de negociação com a SG, a proposta de TCC é encaminhada ao plenário do Tribunal para aprovação ou rejeição do acordo.

2.2 *Estabelecimento de intervalos fixos de desconto no valor da contribuição*

De acordo com a Res. 5/2013, caso a violação sob investigação configure cartel, o TCC deverá conter obrigação de recolher contribuição pecuniária ao Fundo de Direitos Difusos (FDD), a qual não pode ser inferior à multa mínima prevista na Lei 12.529 (art. 184).

Nos termos da regulamentação anterior, havia apenas previsão de valor mínimo máximo para o montante da contribuição. Diante disso, o Cade comumente fixava o valor de forma casuística, de onde se extraía pouca consistência e padronização.

A Res. 5/2013 tentou estabelecer critérios mais objetivos para o cálculo da contribuição, fixando intervalos de desconto segundo a ordem de chegada. Quando o TCC é negociado com a SG, o valor da contribuição deve levar em conta a amplitude e utilidade da colaboração do compromissário com a instrução processual e o momento de apresentação da proposta, observando quando possível os seguintes parâmetros:

a) redução percentual entre 30% e 50% da multa esperada para o primeiro representado que propuser TCC;

b) redução percentual entre 25% e 40% da multa esperada para o segundo representado que propuser TCC;

c) redução percentual de até 25% da multa esperada para os demais representados que propuserem TCC;

Se a proposta é feita quando o caso já está com o Tribunal Administrativo, a redução percentual máxima será de 15% da multa esperada, sendo certo que, em qualquer caso, o desconto jamais poderá ser superior àquele concedido em TCCs prévios no mesmo processo.

A expressa vinculação entre o valor da contribuição pecuniária e (a) a amplitude e utilidade da colaboração e (b) o momento da apresentação da proposta é, em nosso ver, disposição de extrema felicidade da nova regulamentação, privilegiando aqueles que são talvez os maiores objetivos de qualquer programa de acordos em caso de cartel: (a) a cooperação do proponente e (b) a resolução eficiente do caso sem se perder o *momentum* da investigação, com economia de tempo e recursos para autoridades e partes.

Ademais, essa disposição coloca a política nacional de acordos em casos de cartel em sintonia com a adotada nas mais tradicionais jurisdições estrangeiras, incluindo os EUA e União Europeia. Isso fica evidente no trecho abaixo.

"Before focusing specifically on the Commission's cartel settlement procedure, it is important to note that currently in both the U.S. and EU, cooperating cartel participants that have lost the race for full immunity from prosecution may still receive a reduced penalty. *That means that in both the U.S. and EU, two equally culpable members of the same cartel can receive vastly different penalties based on their early acceptance of responsibility and the timeliness and value of their cooperation (...).*

In the U.S., the settlement discount cartel participants can receive is dependent upon the *timeliness of their acceptance of responsibility and the quality of their cooperation*, with earlier settling defendants receiving larger settlement discounts than those received by later pleading defendants" (grifou-se).²

Com relação aos patamares de desconto, consideramos que andou bem a Res. 5/2013, fixando variações semelhantes às previstos na *Commission Leniency Notice*³ da Comissão Europeia para casos de lenientes que não foram os

2. O'BRIEN, Ann. Cartel Settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions. *13th Annual EU Competition Law and Policy Workshop*. Florence/Italy, June 6, 2008. Disponível em: [www.justice.gov/atr/public/speeches/235598.htm].

3. Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases ("Commission Leniency Notice"). *Official Journal of the European Union*. OJ C 298.

primeiros a reportar a infração. Vale lembrar que, em vários aspectos, a política de leniência da Comissão Europeia assemelha-se ao programa brasileiro de acordos em casos de cartel, autorizando que investigados obtenham descontos na multa em troca de confissão de culpa e cooperação.

3. ALGUMAS PROPOSTAS PARA APERFEIÇOAR O PROGRAMA DE ACORDOS EM CASOS DE CARTEL

3.1 *Valor base da contribuição pecuniária ("multa esperada")*

Em nossa visão, um dos aspectos mais críticos do sistema brasileiro de acordos em casos de cartel refere-se ao valor base para a contribuição. Identificamos aqui dois pontos principais: (a) montante de faturamento do representado que é considerado para o cálculo do valor base e (b) o próprio conceito da expressão "multa esperada".

a) Faturamento considerado para o cálculo da contribuição pecuniária

Nos termos da regulamentação anterior, exceto pelo fato de que a contribuição não poderia ter valor inferior ao valor da multa mínima, não havia outro vínculo entre o valor da contribuição em TCCs e a variação de multa possível. Claro que, na prática, o Cade tendia a estabelecer o valor da contribuição tendo como parâmetro o valor da multa provável (e, indiretamente, o faturamento do grupo no ano anterior). Contudo, a falta de obrigação legal em tal sentido concedeu ao Cade alguma flexibilidade para, em certos casos, para fins de proporcionalidade, fixar o valor da contribuição usando diferentes valores base.

Por exemplo, no caso do cartel das mangueiras marítimas,⁴ o Cade celebrou TCCs com três empresas diferentes e, em cada um deles, utilizou diferentes valores base para calcular o montante da contribuição. No TCC da Trelleborg,⁵ como a empresa não tinha faturamento no mercado relevante no Brasil, o valor base foi estimado multiplicando-se o valor total do mercado relevante no Brasil entre 1999 e 2007 (período de participação da Trelleborg no cartel) por 11,5% (participação da empresa no mercado mundial em 2007). No TCC da Manuli,⁶

08.12.2006. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC1208(04):EN:NOT].

4. Processo Administrativo 08012.010932/2007-18.

5. Requerimento 08700.002312/2009-19.

6. Requerimento 08700.005321/2008-81.

como a empresa tinha faturamento limitado no mercado relevante no Brasil, o valor base foi estimado considerando-se a soma das vendas de mangueiras marítimas pela Manuli para o Brasil entre 2001 e 2006. Por fim, no TCC da Bridgestone,⁷ como a empresa não teve faturamento no mercado relevante no Brasil em 2006, o valor base foi estimado a partir do valor total do mercado relevante no Brasil em 2006 dividido pela participação percentual da Bridgestone no mercado mundial no mesmo ano.

Embora consideremos o estabelecimento da contribuição com base na multa esperada uma inovação positiva da regulamentação, isso certamente reduz a prerrogativa do Cade para usar argumentos de proporcionalidade para fixar valores de contribuição que melhor se amoldem ao caso concreto.

Nos termos da Lei 12.529/2011, as multas são baseadas no valor do faturamento bruto do grupo no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração (art. 37). O ponto é que os ramos de atividade são enumerados na pretensamente exaustiva lista da Res. 3/2012, baseada na Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE).⁸

O problema com as categorias da Res. 3/2012 é que elas tendem a ser mais amplas do que os bens ou serviços realmente afetados pela infração. Como consequência, há um risco de que receitas não relacionadas com a infração sejam consideradas para fins do cálculo de multa, com desfecho nitidamente desproporcional.

Esse problema surgiu e foi contornado pelo Cade (não sem alguma ginástica interpretativa) no contexto do TCC firmado pela Air France e KLM no cartel do transporte aéreo de carga.⁹ Nesse caso, por razões de proporcionalidade, o Cade reduziu a alíquota da contribuição porque o faturamento com o transporte aéreo de carga (objeto do cartel) representava apenas cerca de 10% do faturamento das empresas no ramo de atividade n. 103 (que abrange transporte de carga e de pessoas). Isso fica claro nos seguintes trechos da decisão do Cade:

“Em que pese o ramo de transporte aéreo abarcar os transportes de passageiros e de carga (ramo de atividade n. 103 no Anexo da Res. 3/12 do Cade),

7. Requerimento 08700.001882/2008-19.

8. A CNAE foi estruturada tendo como referência a International Standard Industrial Classification of All Economic Activities – ISIC das Nações Unidas e a gestão e manutenção da CNAE é de responsabilidade do IBGE, a partir das deliberações da Comissão Nacional de Classificação – Concla.

9. Requerimento 08700.010220/2012-16 no Processo Administrativo 08012.011027/2006-02.

observa-se aqui um ilícito concorrencial em uma atividade subordinada a atividade principal, qual seja, o transporte de passageiros. Portanto, entendo que esta organização, hierarquia e proporção das atividades devem ser observadas na definição da contribuição nesse caso. (...) avalio que o faturamento com transporte de carga pode ser considerado como referência na definição da contribuição neste caso, uma vez que existem argumentos razoáveis para limitar os impactos do ilícito a esta atividade específica.”¹⁰

Assim, quando se diz que os valores da contribuição pecuniária em TCC não são proporcionais porque baseados em receitas registradas nas classes não raro excessivamente amplas da Res. 3/2012, o real problema não está exatamente na regra sobre valor da contribuição em casos de TCC, mas sim em um momento anterior, na própria regra para a fixação do valor da multa por práticas anticoncorrenciais.

É essencial que o valor das contribuições fixadas em TCCs tenha alguma relação com o valor da multa provável. Do contrário, caso as empresas sintam que podem obter um “bom negócio” celebrando um acordo com a autoridade a despeito dos altos valores de multa previstos na legislação, os potenciais incentivos para essas empresas envolverem-se em condutas anticoncorrenciais (e depois fecharem acordos) seriam irrazoavelmente altos. Assim, o real problema parece ser o próprio critério para o cálculo da multa pela prática anticoncorrencial propriamente dita.

O ajuste que consideramos necessário seria uma revisão da regra do “ramo de atividade” para fins de cálculo de multas. Nesse sentido, em nome da proporcionalidade, o valor base da multa deveria cobrir apenas as receitas derivadas dos bens e serviços afetados diretamente pela conduta investigada. Não parece necessário o estabelecimento de uma lista exaustiva de ramos de atividade, sendo mais razoável que a definição dos bens/serviços afetados pela conduta (e das receitas relevantes) fique a cargo do Cade no caso concreto.

Assim, propomos a substituição, no art. 37, da expressão “faturamento bruto obtido no ramo de atividade empresarial” por “faturamento bruto obtido com bens e/ou serviços afetados pela conduta” e a eliminação total da Res. 3/2012.

Adicionalmente, o referido ajuste aproximaria o Brasil dos sistemas adotados em outras jurisdições de relevo. De acordo com a *Commission Guidelines*

10. P 10-11 do voto do rel. Conselheiro Ricardo Ruiz (Requerimento 08700.010220/2012-16).

on fines¹¹ da Comissão Europeia, as multas por violações anticoncorrenciais são baseadas no “value of the undertaking’s sales of goods or services to which the infringement directly or indirectly relates” na área geográfica relevante da EEA. Nos EUA, de forma semelhante, o *U.S. Federal Sentencing Guidelines*¹² determina que o DOJ baseie multas por condutas anticoncorrenciais no “volume of commerce affected” pela conduta. Aliás, como reconhecido por Maxman e Holdefer, o conceito de *volume of commerce* é de crítica importância para fins de definição de multas em casos de violações concorrenciais nos EUA, sendo não raro objeto de debates entre o DOJ e as partes investigadas.¹³

b) Conceito de “multa esperada”

A despeito de a Res. 5/2013 ter fixado intervalos fixos de descontos, os possíveis valores de contribuição ainda não estão claros porque “multa esperada” é um conceito não definido na regulamentação ou na jurisprudência no Cade.

De acordo com manifestações públicas de representantes do Cade, a autarquia irá fornecer esclarecimentos adicionais com relação ao assunto em decisões futuras sobre TCCs.¹⁴ O fato é que, passados mais de sete meses da entrada em vigor da nova regulamentação, ainda não houve a celebração do primeiro TCC em caso de cartel regulado segundo suas normas, razão pela qual a indefinição permanece.

Cabe pontuar que a utilização da ideia de multa esperada não é particularidade brasileira, encontrando paralelo nos sistemas europeu e americano. A política da Comissão Europeia sobre celebração de acordos (*Commission No-*

-
11. Commission Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation (EC) No 1/2003 (*Commission Guidelines on fines*). *Official Journal C 210*. 01.09.2006. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:210:0002:0005:EN:PDF].
 12. United States Sentencing Commission Guidelines Manual § 8C4.1 (November 1, 2007). Disponível em: [www.usc.gov/2007guid/GL2007.pdf].
 13. Como ressaltam as autoras, um dos casos em que essa discussão ganha relevância envolve as situações em que a prática anticoncorrencial alegadamente afetou apenas um dos componentes do preço de um determinado produto ou serviço e, enquanto o DOJ tem a tendência de considerar o preço total do produto ou serviço para fins de cálculo do valor base da multa, as partes investigadas tendem a advogar que se leve em consideração apenas o valor dos componentes do preço que foram objeto de acordo (Ver MAXMAN, Melissa; HOLDEFER, Elizabeth. *Volume of Commerce and Criminal Sentences for Antitrust Violations – Alternative Interpretations in the Air Cargo Fuel Surcharge Cases*. *The Antitrust Source*. ago. 2011).
 14. Sessão Ordinária de Julgamento do Cade n. 17, ocorrida em 07.03.2013.

tice on Settlements)¹⁵ utiliza a expressão “likely fines” como valor base sobre o qual incidirá o desconto cabível. Da mesma forma, como destaca Ann O'Brien, do DOJ, a política americana demanda que antes de aceitar um *plea agreement* no lugar de um julgamento, o DOJ avalie a “probable sentence” que ao acusado seria imposta se condenado *versus* a multa imposta no *plea agreement*.¹⁶

Cabe lembrar que tanto na União Europeia quanto nos EUA há *guidelines* que norteiam o cálculo de multas por violações concorrenciais. Trata-se da *Commission Guidelines on fines*¹⁷ e da *U.S. Sentencing Guidelines*,¹⁸ respectivamente. Sem entrar em discussões críticas sobre os métodos de cálculo adotados nessas jurisdições, o fato é que não há nada parecido no Brasil. A Lei 12.529/2011 traz apenas critérios genéricos em seu art. 45,¹⁹ atribuindo amplo espaço de discricionariedade ao Cade na quantificação das multas.

Vale ainda pontuar, além de possuírem regulamentações específicas para o cálculo de multas, as referidas jurisdições colocam à disposição dos postulantes a um acordo um procedimento que possibilita ampla discussão entre autoridade e investigado sobre diversos aspectos relevantes, incluindo o valor da multa provável.

No caso europeu, a *Commission Notice on Settlements* estabelece um procedimento de ampla discussão a respeito da multa provável que servirá de base para o cálculo do montante devido. Se a Comissão e a parte desejarem celebrar um acordo, a regulamentação prevê uma fase inicial em que se discute os limites da multa provável (“range of the likely fines”). Após isso, a parte submete uma proposta de acordo em que indica o valor máximo da multa que aceita ver imposta (“maximum amount of the fine the parties foresse to be imposed”). Em seguida, a Comissão emite seu *statement of objections* que, no

15. 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 (“*Commission Notice on Settlements*”). *Official Journal of the European Union*. OJ C 167. 02.03.2008. Disponível em: [http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:167:0001:0006:EN:PDF].

16. O'BRIEN, Ann. Op. cit., *supra*, nota de rodapé 2.

17. Commission Guidelines on fines, *supra*, nota de rodapé 11.

18. U.S. Federal Sentencing Guidelines, *supra*, nota de rodapé 12.

19. “I – a gravidade da infração; II – a boa-fé do infrator; III – a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; IV – a consumação ou não da infração; V – o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; VI – os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; VII – a situação econômica do infrator; e VIII – a reincidência.”

melhor cenário, endossa os termos do acordo. Se a parte interessada dá o seu de acordo, a Comissão profere decisão final, concedendo o desconto fixo de 10% sobre o valor da multa.²⁰

A importância da existência de procedimentos de discussão entre autoridade e investigados sobre valor da multa esperada na Europa fica evidente no trecho abaixo:

“A critical issue to the success of the Commission’s settlement procedure will be the Commission’s transparency in discussing the fine that a cartel participant can expect to pay. A percentage discount means little to a cartel participant that cannot predict the starting point for its fine reduction. While the Commission has Fining Guidelines in place, they are relatively new and they have not yet been applied in many matters. Therefore, the more transparency that the Commission can provide as to how it will apply its Fining Guidelines, the more likely parties are to settle. If cartel participants cannot assess their possible fines with reasonable certainty, they may choose to seek leniency but not settle, resulting in a scenario where a cartel participant provides cooperation to receive leniency but then litigates its fine.”²¹

Se é tão importante nos EUA e Europa a existência de procedimentos para a discussão do valor de multa esperada, com muito mais razão esse elemento é fundamental no caso brasileiro, uma vez que: (a) não há no Brasil norma regulamentando o cálculo da multa, o que torna essa atividade altamente subjetiva, pouco transparente e pouco controlável; (b) o conceito de “multa esperada” não é definido seja pela regulamentação seja pela jurisprudência do Cade; (c) a Res. 5/2013 é novidade no cenário concorrencial brasileiro, não tendo ainda sido testada em casos reais, o que traz natural insegurança aos interessados.

Vale lembrar que a Res. 5/2013 não faz referência a qualquer procedimento de negociação específico para que se defina o montante da variável multa esperada. Em seu art. 184, a regulamentação fala genericamente que o valor da contribuição será estabelecido durante o processo de negociação, mas não detalha como se dará a negociação.

Nesse cenário, a nossa proposta imediata é que, nos TCCs em casos de cartel negociados sob a égide da Res. 5/2013, o Cade inclua no período de

20. Para maiores informações, ver SLAUGHTER; MAY. *The EU Competition Rules on Cartels – A guide to the enforcement of the rules applicable to cartels in Europe*. maio 2012. Disponível em: [http://files.teneoevents.eu/media/emailings/pdf/the-eu-competition-rules-on-cartels.pdf].

21. O'BRIEN, Ann. Op. cit., supra, nota de rodapé 2.

negociação um canal de discussão com a parte interessada sobre qual será o valor da multa esperada. Essa variável não deverá ser imposta pela autoridade à parte, mas sim objeto de ampla negociação. É fundamental que, ao apresentar formalmente a proposta do TCC, a parte já lá inclua valor de multa esperada que foi acordado (ou ao menos discutido) com o Cade anteriormente.

No médio prazo, a nossa proposta é que a regulamentação seja revista, para expressamente contemplar e detalhar um procedimento de negociação do valor da multa esperada entre Cade e parte interessada.²²

3.2 *Obrigações de colaborar com a instrução processual*

Segundo a Res. 5/2013, em casos de investigação de cartel, o TCC deve necessariamente prever a colaboração do compromissário (art. 186). Entendemos que o caráter inafastável dessa obrigação pode engessar a atuação do Cade, possivelmente impedindo a celebração de acordos. Ao cogitar ingressar em uma negociação de TCC, a parte interessada certamente vê a obrigação de colaboração como um aspecto desincentivador, que a impede de se ver desde logo livre do processo, além de representar um custo financeiro.

Nos termos da regulamentação anterior, não havia obrigação de que acordos em casos de cartel contivessem cláusula de cooperação. É verdade que, na grande maioria dos TCCs firmados, o Cade exigia essa obrigação, no formato de uma colaboração com a instrução (assistência técnica com relação ao produto investigado, auxílio com a análise de documentos, apresentação de documentação adicional etc.). Nesses casos, a cooperação representava um desconto no valor da contribuição pecuniária.

A usual exigência de colaboração nesses TCCs é perfeitamente compreensível, tendo em vista que, como dito acima, a cooperação é um dos objetivos primordiais da política de acordos em casos de cartel. O ponto é que a estipulação dessa obrigação de forma não excepcionável, como faz a Res. 5/2013, não parece ser a melhor solução. Em determinadas circunstâncias, a autoridade pode abrir mão da cooperação sem que isso represente uma deturpação do instituto do TCC em casos de cartel.

Um exemplo seria o caso em que, em razão de leniência previamente celebrada ou buscas e apreensões, a autoridade já dispõe de evidências suficientes

22. Obviamente que a edição de uma regulamentação estabelecendo critérios mais bem definidos para cálculo de multas em geral também seria de grande ajuda, não apenas para fins do programa de acordos em casos de cartel, mas também para dar maior transparência à penalização de práticas anticoncorrenciais em geral.

da existência do ilícito, não sendo essencial a colaboração do postulante ao TCC. Em um caso como tal, não haveria necessariamente que se falar em inutilidade do TCC, sob o argumento de que, já possuindo a autoridade evidências suficientes do ilícito, caberia a ela buscar a condenação final e não acordo. Nesses casos, o TCC poderia ser ainda conveniente ao privilegiar o segundo grande objetivo da política de acordos em casos de cartel: a resolução rápida e eficiente da investigação evitando-se gastos de recursos escassos. Por exemplo, mesmo dispondo de fortes elementos da existência do conluio, o Cade pode ver-se diante de dificuldades para levar a investigação até a condenação final, em razão de não raros percalços de ordem processual.

Cabe lembrar que foi exatamente assim que procedeu o Cade no TCC firmado com a Whirlpool/Embraco no cartel dos compressores herméticos. Naquela oportunidade, o Cade abriu mão da exigência de colaboração, fundamentando essa escolha no fato de que, além de não haver exigência legal na altura, a leniência e as buscas e apreensões realizadas já haviam fornecido conjunto substancial de evidências. Assim, ausente a colaboração, o Cade deixou de aplicar o correspondente desconto sobre o valor da contribuição.

“Há, neste caso específico, alguns elementos que tornam a colaboração um elemento de valia, no mínimo, discutível. O primeiro desses elementos diz respeito à extensão das operações de buscas realizadas no âmbito da instrução, que recolheram um número extensivo de documentos relevantes tanto relacionados à materialidade, como pertinentes à própria existência da conduta investigada (...). Neste caso específico, portanto, considero que o desconto pela colaboração seria prejudicial à Administração Pública, que abriria mão de parte da contribuição, sem contrapartida adequada.”²³

A corroborar o entendimento acima, vale pontuar que a regulamentação europeia sobre acordos em casos de cartel, a despeito de exigir cooperação, deixa claro que essa cooperação não envolve colaboração substancial com a instrução do caso (nos moldes da regulamentação nacional). Lá, esse tipo de cooperação é exigido no contexto do programa de leniência. Em acordos, a colaboração que lá se busca é justamente aquela que resulte em eficiência procedimental, com vistas a acelerar o desfecho final do caso. Na prática, a cooperação exigida se resume a uma renúncia pelas partes quanto a certas prerrogativas processuais, como ter acesso aos autos e exigir audiências orais.

Diante do exposto, nossa proposta é que seja suprimida a obrigação de colaboração como elemento necessário de todo e qualquer TCC firmado em

23. P. 25-26 do voto do Conselheiro relator Carlos Ragazzo (Requerimento n. 08700.001369/2009-09).

casos de cartel ou, ao menos, que haja previsão de que essa obrigação pode ser fundamentadamente afastada pelo Cade diante de certas circunstâncias, como, por exemplo, a situação em que o Cade já dispõe de conjunto robusto de evidências do ilícito.

3.3 *Reconhecimento de participação na conduta investigada*

Outro ponto da Res. 5/2012 que recebeu duras críticas refere-se à obrigação do compromissário de reconhecer sua participação na conduta sob investigação, caso a mesma seja referente a cartel (art. 185). Como se sabe, na regulamentação anterior, esse reconhecimento só era obrigatório nos casos em que houvesse acordo de leniência.

É evidente que, sob a perspectiva do postulante a um TCC, a obrigação de reconhecer participação no ilícito reduz a atratividade do acordo, em razão das potenciais repercussões que uma admissão de culpa perante o Cade pode gerar nas esferas civil e penal e em investigações em outras jurisdições.

Vale destacar que no recentíssimo TCC firmado com a Liqueigás no caso do cartel do GNV,²⁴ foi incluída previsão expressa de que o acordo não importaria confissão de culpa. Aliás, o relator do caso fez questão de incluir em seu voto tópico preliminar demonstrando que, por questões de aplicação da lei no tempo, a Res. 5/2012 não seria aplicável à hipótese, retirando o caráter obrigatório da confissão de culpa. Muito provavelmente, se tivesse que assumir culpa, a compromissária reconsideraria a conveniência de firmar o TCC.

Contudo, em que pese a razoabilidade dessas críticas, o entendimento prevalecente geralmente relaciona o reconhecimento do envolvimento na prática com um dos objetivos fundamentais dos programas de acordos em casos de cartel, qual seja a resolução eficaz das investigações com a admissão de culpa por parte do compromissário.

Juntamente com o valor pecuniário e (em regra) a cooperação, o que a autoridade busca receber no jogo de concessões mútuas da negociação de um acordo em casos envolvendo a infração concorrencial mais grave (cartel) é justamente a confissão por parte do postulante. É assim que funciona nas demais jurisdições concorrenciais mais importantes.²⁵

24. Requerimento n. 08700.002028/2013-29 no Processo Administrativo 08012.002568/2005-51.

25. RIBEIRO, Amadeu; BYRNE, Brian. Three Proposals to Improve Brazil's Cartel Settlement Process. *Antitrust in the Americas II*. São Paulo. 06.06.2013. p. 6-7.

Na Europa, a *Commission Notice on Settlements* deixa isso evidente ao exigir “an acknowledgement in clear and unequivocal terms of the parties’ liability for the infringement (...)” como um dos requisitos necessários de qualquer proposta de acordo em casos de cartel. O mesmo se dá no sistema americano, sendo o *timing* do reconhecimento do envolvimento nas práticas investigadas elemento fundamental na definição da multa a ser paga.²⁶

“In the U.S., the settlement discount cartel participants can receive is dependent upon the timeliness of their acceptance of responsibility and the quality of their cooperation with earlier settling defendants receiving larger settlement discounts than those received by later pleading defendants.”²⁷

Ultrapassado esse ponto, um aspecto que não nos parece claro na Res. 5/2012 refere-se ao tratamento que o Cade dará aos cartéis difusos (segundo jurisprudência do Cade, em oposição aos cartéis clássicos) e a outras práticas que margeiam a conduta de cartel mas que não se qualificam como tal, como hipóteses de troca de informações entre concorrentes.

Vale lembrar que a Res. 5/2012 exige o reconhecimento de participação nos casos de “investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes”, deixando pouco claro se pretendeu abranger apenas os cartéis clássicos ou também os difusos e outras condutas de interação entre concorrentes, como a troca de informações.

Diante da natureza inegavelmente grave da assunção de culpa, entendemos que ela deva ser obrigatória apenas nos casos igualmente graves, ou seja, os

26. Criticando a obrigatoriedade de confissão no sistema brasileiro, algumas vozes sustentam que nos EUA há a possibilidade de as partes pleitearem o chamado *No Contest*, que permite ao investigado reconhecer a transgressão sem a admitir ter violado o *Sherman Act* (a esse respeito, ver Novis, Maria Eugênia. Novas regras para compromisso de cessação de conduta. *Boletim Informativo Bimestral – Machado Meyer*. maio-jun. 2013; e MANO, Ana. Brazil rail equipment cartel defendants unlikely to enter immediate race to settle. *Policy and Regulatory Report*. 01.08.2013). A esse respeito, vale indicar que, além de não ser correto afirmar que o *No Contest plea* necessariamente implica em isenção das multas criminais nos EUA, esse tipo de pleito é admitido nos EUA em caráter extremamente excepcional (tendo havido o caso envolvendo a Florida West International Airways) e sua aplicação a casos antitruste recebe severas críticas do DOJ (a esse respeito, ver PATTON BOGGS LLP. Why does the Division hate No-Contest Pleas? *Criminal Antitrust Update*. ago. 2012. Disponível em: [www.pattonboggs.com/files/News/247452fa-7f30-4883-a745-3b52af19d712/Presentation/NewsAttachment/4ce6ab42-f0a9-4c31-afd4-442e8db96557/2012-08_Criminal_Antitrust.pdf].

27. O'BRIEN, Ann. Op. cit., supra, nota de rodapé 2.

casos de cartel clássico, ficando de fora conluios difuso ou mera troca de informações, sob pena de se macular de forma excessiva a atratividade do programa de acordos.

Nesse cenário, a nossa proposta é que a Res. 5/2013 seja revisada de forma a exigir o reconhecimento obrigatório de participação na conduta apenas nos casos de cartel clássico.

3.4 Características da cláusula de confissão de culpa

Um dos fatores chave que os representados levam em consideração ao abordar a autoridade concorrencial para negociar um acordo é o nível de detalhamento da confissão de culpa incluída na versão do TCC publicada pelo Cade.

Não há dispositivo na Res. 5/2012 estabelecendo com clareza o nível de publicidade que deverá ser dado à cláusula de confissão, o que potencialmente aumenta a incerteza e reduz a atratividade do programa de acordos em casos de cartel.

É possível encontrar na jurisprudência do Cade casos em que a autarquia aparentemente aceitou que o proponente incluísse, na versão do TCC publicada, confissão de culpa genérica e sem grande detalhamento.

No TCC firmado com a Whirlpool/Embraco no contexto do cartel dos compressores herméticos, houve discussão entre os conselheiros a respeito do escopo da cláusula de confissão a ser incluída no TCC e, ao final, o Cade aceitou uma linguagem genérica, limitada estritamente aos fatos que eram incontroversos naquele momento.²⁸

No recentíssimo TCC firmado com a Air France e KLM no cartel do transporte aéreo de carga,²⁹ a confissão dos compromissários se restringiu a “sua participação na conduta sob investigação no processo administrativo, no que diz respeito aos fatos envolvendo os Compromissários ocorridos no território nacional com relação ao mercado de serviços de transporte internacional de cargas com origem no Brasil”. Ou seja, declaração extremamente vaga e genérica.

28. Os termos foram “o grupo Embraco admite (...) a existência de contatos entre funcionários da Embraco e funcionários de concorrente nos quais foram trocadas informações comerciais, inclusive informações relacionadas a preços e aumentos de preços, referentes ao mercado brasileiro de compressores herméticos (...)” (Requerimento n. 08700.001369/2009-09 no Processo Administrativo 08012.010932/2007-18).

29. Requerimento 08700.010220/2012-16 no Processo Administrativo 08012.011027/2006-02.

Em casos como esses é possível, por exemplo, que o proponente forneça ao Cade em caráter confidencial uma descrição mais detalhada de sua participação na prática, possivelmente como parte do atendimento à obrigação de cooperar com as investigações.

A inclusão de confissão menos detalhada na versão do TCC a ser publicada é razoável e proporcional considerando-se a exigência legal de reconhecimento de participação, de um lado, e as graves potenciais repercussões civis e criminais da cláusula de confissão, de outro. O que não parece adequado é que essa situação fique à mercê da interpretação do regulador responsável no caso concreto, o que dá margem a soluções distintas para casos semelhantes, inclusive com o possível surgimento de diferentes *standards* sobre o tema entre a SG e cada um dos conselheiros do Tribunal.

Assim, nossa proposta é que a regulamentação seja revista para contemplar a possibilidade cláusula de confissão mais genérica (atendidos certos requisitos mínimos a serem estabelecidos em discussões com a comunidade acadêmica e profissional), condicionada ao fornecimento ao Cade, em caráter confidencial, de descrição mais detalhada da participação do proponente na prática investigada.

Outro aspecto não esclarecido pela Res. 5/2012 e que merece discussão refere-se à possibilidade de o proponente reconhecer envolvimento apenas em parte da conduta sob investigação, o que ganha relevância quando a conduta é complexa e envolve, por exemplo, diferentes fases ou diferentes áreas geográficas, e o proponente considera-se culpado apenas por parte da conduta investigada.

Em nosso sentir, a confissão parcial é viável. Não parece razoável que o Cade deixe de celebrar TCC com parte que legitimamente pretende reconhecer seu envolvimento em um ilícito tão grave somente pela não coincidência perfeita entre a descrição da conduta investigada e a conduta confessada pelo proponente. Por outro lado, nos parece que o Cade deve se cercar de algumas cautelas para aceitar essa possibilidade, entre as quais sugerimos (a) a certificação de que a parcela confessada não corresponde a parcela insignificante da conduta investigada; (b) o fornecimento pelo proponente de substancial colaboração quanto à parcela confessada, se assim for essencial para a instrução; e (c) a apresentação pelo proponente de evidências mínimas de seu não envolvimento na parcela não confessada da conduta.

4. CONCLUSÕES

À luz de tudo o que foi examinado acima, concluímos que:

1) A Res. 5/2013 representou um progresso considerável no sentido de um sistema de acordos mais efetivo em casos de cartel, ao (a) incrementar a participação da SG na negociação de TCCs e (b) estabelecer intervalos fixos de desconto no valor da contribuição;

2) A regulamentação vigente ainda requer ajustes no sentido da construção de um programa de acordos em casos de cartel que seja mais eficaz, transparente e atraente para os investigados. Nessa direção, o presente trabalho sugere as seguintes propostas:

a) Substituição, no art. 37 da Lei 12.529/2011, da expressão “faturamento bruto obtido no ramo de atividade empresarial” por “faturamento bruto obtido com bens e/ou serviços afetados pela conduta” e a eliminação total da Res. 3/2012;

b) Durante o período de negociação de TCCs em casos de cartel, o Cade deve estabelecer um amplo canal de discussão com a parte interessada sobre o valor da multa esperada. No médio prazo, propomos a revisão da Res. 5/2013 com o detalhamento de um procedimento de negociação do valor da multa esperada entre Cade e parte interessada;

c) Revisão da Res. 5/2013 para suprimir a obrigação de colaboração como elemento necessário em todos os TCCs em casos de cartel ou, ao menos, para incluir previsão de que essa obrigação pode ser afastada pelo Cade diante de certas circunstâncias, como quando o Cade dispõe de conjunto robusto de evidências do ilícito;

d) Revisão da Res. 5/2013 de forma a exigir o reconhecimento obrigatório de participação na conduta apenas em casos de cartel clássico;

e) Revisão da Res. 5/2013 para contemplar a possibilidade de cláusula de confissão genérica, condicionada ao fornecimento ao Cade, em caráter confidencial, de descrição detalhada da participação do proponente na prática investigada; e

f) Revisão da Res. 5/2013 para contemplar a possibilidade de confissão parcial, desde que o Cade se cerque das cautelas indicadas acima.

5. BIBLIOGRAFIA

Commission Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation (EC) No 1/2003 (“Commission Guidelines on fines”). *Official Journal C 210*. 01.09.2006. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:210:0002:0005:EN:PDF].

- Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases ("Commission Leniency Notice"). *Official Journal of the European Union*. OJ C 298. 08.12.2006. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC1208(04):EN:NOT].
- 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 ("Commission Notice on Settlements"). *Official Journal of the European Union*. OJ C 167. 02.03.2008. Disponível em: [http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:167:0001:0006:EN:PDF].
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Requerimento n. 08700.001369/2009-09. Decisão proferida em: 30.09.2009. Acesso em: 18.09.2013.
- _____. Requerimento 08700.002312/2009-19. Decisão proferida em: 16.09.2009.
- _____. Requerimento 08700.005321/2008-81. Decisão proferida em: 21.01.2009.
- _____. Requerimento 08700.001882/2008-19. Decisão proferida em: 27.08.2008.
- _____. Requerimento 08700.010220/2012-16. Decisão proferida em: 20.02.2013.
- _____. Requerimento 08700.002028/2013-29. Decisão proferida em: 28.08.2013.
- MANO, Ana. *Brazil rail equipment cartel defendants unlikely to enter immediate race to settle. Policy and Regulatory Report*. 01.08.2013.
- MAXMAN, Melissa; HOLDEFER, Elizabeth. Volume of Commerce and Criminal Sentences for Antitrust Violations – Alternative Interpretations in the Air Cargo Fuel Surcharge Cases. *The Antitrust Source*. ago. 2011.
- NOVIS, Maria Eugênia. Novas regras para compromisso de cessação de conduta. *Boletim Informativo Bimestral – Machado Meyer*. maio-jun. 2013.
- O'BRIEN, Ann. Cartel Settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions. *13th Annual EU Competition Law and Policy Workshop*. Florence/Italy, June 6, 2008. Disponível em: [www.justice.gov/atr/public/speeches/235598.htm].
- PATTON BOGGS LLP. Why does the Division hate No-Contest Pleas? *Criminal Antitrust Update*. ago. 2012. Disponível em: [www.pattonboggs.com/files/News/247452fa-7f30-4883-a745-3b52af19d712/Presentation/NewsAttachment/4ce6ab42-f0a9-4c31-afd4-442e8db96557/2012-08_Criminal_Antitrust.pdf].
- RIBEIRO, Amadeu; BYRNE, Brian. *Three Proposals to Improve Brazil's Cartel Settlement Process. Antitrust in the Americas II*. São Paulo. 06.06.2013.

SLAUGHTER; MAY. The EU Competition Rules on Cartels – A guide to the enforcement of the rules applicable to cartels in Europe. maio 2012. Disponível em: [<http://files.teneoevents.eu/media/emailings/pdf/the-eu-competition-rules-on-cartels.pdf>].

United States Sentencing Commission Guidelines Manual § 8C4.1 (November 1, 2007). Disponível em: [www.ussc.gov/2007guid/GL2007.pdf].

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Política de combate aos cartéis: os acordos de leniência, o termo de compromisso de cessação e a Lei 11.482/2007, de Danilo Ferraz Córdova e Mariana Rebuzzi Sarcinelli Lopes – *RIBRAC* 15/45; e
- Programa de leniência e a Lei 12.529/2011: avanços e desafios, de Amadeu de Souza Ferreira Neto – *RIBRAC* 22/145.