

LENIÊNCIA PARCIAL: UM CHEQUE EM BRANCO?

*Camila Pires da Rocha*¹

*Guilherme Antonio Gonçalves*²

*Renata Gonzalez de Souza*³

Resumo: O artigo busca discutir vulnerabilidades identificadas na estrutura atual de negociação e celebração de Acordos de Leniência Parciais com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e, ao final, sugerir abordagem que poderia aumentar a segurança jurídica do Programa de Leniência Antitruste, privilegiando a previsibilidade e a garantia ao tratamento isonômico entre as partes de um mesmo processo.

Palavras-chave: Programa de Leniência; Leniência Parcial; Segurança Jurídica; Isonomia; Sanção Pecuniária.

Abstract: This paper aims to discuss vulnerabilities identified in the current structure of negotiation and execution of Partial Leniency Agreements with the Brazilian Antitrust Authority, and, ultimately, propose an approach that could enhance the Antitrust Leniency Program's legal certainty, promoting predictability and securing equality among the parties of the same proceeding.

Key words: (i) Leniency Program; (ii) Partial Leniency; (iii) legal certainty; (iv); equality; (v) pecuniary sanction.

1. O arcabouço legal que estrutura a Leniência Parcial e os desafios verificados

O início do Programa de Leniência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE") remonta aos primeiros anos da década de 2000,

¹ Advogada associada no Brolio Gonçalves Advogados focada na área de Direito Econômico, especialmente, direito concorrencial. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo e mestre em Direito Econômico e Economia Política pela mesma instituição.

² Advogado no Brolio Gonçalves Advogados focado na área de Direito Econômico, especialmente, direito concorrencial. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo.

³ Advogada associada no Brolio Gonçalves Advogados focada na área de Direito Econômico, especialmente, direito concorrencial. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e mestre em Direitos Humanos pela Universidad de Salamanca.

quando foi inserido pela Medida Provisória n. 2.055/2000, que foi convertida na Lei n. 10.149/2000, modificando a Lei 8.884/1994.

As disposições de então foram repetidas na redação da Lei n. 12.529/2011⁴, atualmente em vigor. As principais mudanças implementadas foram permitir a celebração de acordos pelos líderes da prática denunciada e estender a imunidade concedida a certos crimes correlatos.⁵

O Programa de Leniência é sabidamente considerado como uma das principais ferramentas para a persecução de cartéis pelo CADE⁶, motivo pelo qual a autarquia tem empreendido grandes esforços no seu fortalecimento e em garantir a sua estabilidade e confiabilidade perante a sociedade.

⁴ Segundo o art. 86, da Lei n. 12.529/2011: “*O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação*”. BRASIL. Lei n. 12.529/2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dentre outras disposições. *Diário Oficial da União*: seção 1, DF, ano 148, pp. 1-9, 01.12.2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>. Acessado em: 13.10.2021.

⁵ OCDE. *Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política da Concorrência: Brasil*. [S.l.]: [s.n.], 2019, pp. 70-71. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/revisoes-por-pares-da-ocde-sobre-legislacao-e-politica-de-concorrenca-brasil-2019-web.pdf>>. Acessado em: 13.10.2021.

⁶ Nesse sentido: CADE e MPF/SP debatem em seminário evolução e relevância de acordo de leniência. *Notícias CADE*, 24.08.2018, disponível em: <<http://antigo.cade.gov.br/noticias/cade-e-mpf-sp-debatem-em-seminario-evolucao-e-relevancia-de-acordo-de-leniencia>>. Acessado em: 13.10.2021; CADE lança cursos on-line sobre leniência antitruste e detecção de cartéis em licitações. *Notícias CADE*, 10.10.2019, Disponível: <<http://en.cade.gov.br/cade/noticias/cade-lanca-cursos-on-line-sobre-leniencia-antitruste-e-deteccao-de-carteis-em-licitacoes>>. Acessado em: 13.10.2021; CADE lança anuário com balanço de atuação na defesa da concorrência em 2020. *Notícias CADE*, 03.02.2021, Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-lanca-anuario-com-balanco-de-atuacao-na-defesa-da-concorrenca-em-2020>>. Acessado em: 13.10.2021; CADE e SDE lançam “joint brochure on Brazil’s Leniency Program”. *Notícias CADE*, 01.01.2009, Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-e-sde-lancam-joint-brochure-on-brazils-leniency-program>. Acessado em: 13.10.2021.

Pode-se citar como parte desse esforço a publicação de guias que buscam esclarecer aspectos procedimentais⁷ e de parâmetro de prova⁸, bem como o cuidado na apreciação de processos administrativos derivados de acordos de leniência.⁹

A diligência com o Programa de Leniência se mostrou efetiva no projeto de combate a condutas colusivas. Os números disponibilizados pelo próprio CADE não deixam dúvidas. Desde a implementação do programa foram celebrados 106¹⁰ acordos de leniência.

Entretanto, novos desafios demandam empenho ainda maior da autoridade na manutenção do interesse e confiança dos agentes econômicos na celebração de acordos de leniência.¹¹

⁷ CADE. *Guia do Programa de Leniência Antitruste do CADE*. Brasília: [s.n.], 2016, Atualização de Setembro de 2017. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/2020-06-02-guia-do-programa-de-leniencia-do-cade.pdf>>. Acessado em: 12.10.2021.

⁸ CADE. *Guia de Recomendações Probatórias para Propostas de Acordo de Leniência com o CADE*. Brasília: [s.n.], 2021. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/Guia-recomendacoes-probatorias-para-proposta-de-acordo-de-leniencia-com-o-Cade.pdf>>. Acessado em: 12.10.2021.

⁹ Conforme destacado pelo Cons. Pres. Alexandre Barreto quando do julgamento do processo administrativo n. 08012.003970/2010-10 (cartel dos cabos subterrâneos), julgado em 15.03.2020, os Acordos de Leniência são “*o principal instrumento à disposição das autoridades concorrenciais para detecção e punição de condutas coordenadas, em especial cartel. (...) Uma das principais formas de se desestabilizar o cartel é com o oferecimento de um grande prêmio ao que denunciar os demais à autoridade concorrential, na forma de isenção de pena. (...) Para tanto, é fundamental a credibilidade do instituto. De forma mais específica, para que ele funcione bem, é necessário que os agentes do mercado efetivamente confiem que o acordo com a autoridade concorrential vá ser cumprido. Qualquer dúvida nesse sentido tende a fazer com que o comportamento racional seja a cooperação com os demais infratores, e não com a autoridade.*” (grifos nossos).

¹⁰ Número de Acordos de Leniência assinados pelo CADE entre os períodos de 2003 e 06 de julho de 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/programa-de-leniencia/estatisticas>>. Acessado em: 12.10.2021.

¹¹ Nesse sentido, ver: REBELLO, Daniel Costa; BUAIZ, José Alexandre; e MEDRADO, René Guilherme S. *Damage Claims and Leniency Programs: legislative perspectives in Brazil*. In: IBRAC (org.). *The Future of Antitrust*. São Paulo: Editora Singular, 2019, pp. 391-400; YSEWYN, Johan; KAHMANN, Siobhan. *The decline and fall of the leniency programme in Europe*. In: *Concurrences Review*, n. 1-2018, fevereiro de 2018, pp. 44-59. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3126172>>. Acessado em: 13.10.2021; e HAMMOND, Scott. *Cornerstones of an Effective Leniency Program*. [S.l.]: [s.n.], 2004. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/cornerstones-effective-leniency-program>>. Acessado em: 13.10.2021.

Nesse sentido, verifica-se como ponto sensível do programa a Leniência Parcial, que, em contraposição à extinção integral da punibilidade administrativa garantida pela Leniência Total, enseja a redução de um a dois terços da pena aplicável pela administração pública.

De acordo com a Lei n. 12.529/2011, a assinatura da Leniência Parcial se dá quando a Superintendência-Geral (SG) possui conhecimento prévio da infração noticiada. Segundo o quanto estabelecido no Regimento Interno do CADE ("RICADE"), há "conhecimento prévio" quando *"na ocasião da propositura do acordo de leniência, estiver em curso na Superintendência-Geral qualquer dos tipos processuais previstos na Lei nº 12.529, de 2011, a respeito da infração, tal qual noticiada pelo proponente"*.¹²

A vulnerabilidade dessa modalidade de leniência está, exatamente, na imprevisibilidade em relação à multa que será aplicada ao final do processo àquele(s) que anuíram com a celebração de uma Leniência Parcial.

É certo que a Lei n. 12.529/2011 estabelece que o desconto mínimo a ser conferido aos beneficiários é de um terço da pena aplicável e que, no estabelecimento dessa última, devem ser considerados fatores como a *"efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência"* (art. 86, §3º).

No RICADE também há diretiva para a determinação, pela SG, do desconto que deve ser sugerido ao Tribunal do CADE quando da elaboração de sua recomendação. Segundo o regimento, para tanto, devem ser consideradas *"I - importância das informações, documentos e provas apresentadas pelo signatário; e II - efetividade da cooperação durante as investigações"* (art. 211, §2º).

Tais diretivas não eximem o signatário de um Acordo de Leniência Parcial de pactuar um compromisso sem qualquer indicação do quanto precisará desembolsar ao final do processo, o que pode tornar a sua negociação menos interessante comparativamente a de um compromissário de Termo de Compromisso de Cessação ("TCC").

Isso porque faz parte das discussões que precedem a assinatura de um TCC amplo debate em relação ao valor a ser pago a título de contribuição pecuniária, podendo a parte avaliar o cabimento do acordo tanto sob o ponto

¹² RICADE, art. 207, §3º.

de vista dos benefícios em relação à investigação em trâmite no CADE, quanto da perspectiva econômica de forma mais holística.

Vê-se que há uma incerteza dupla em relação à paridade entre o valor que será estipulado para os signatários da Leniência Parcial e os demais signatários de TCCs. Isso porque, para os primeiros, há pouca clareza em relação aos parâmetros que devem ser levados em consideração para a definição do desconto, baixa previsibilidade em relação à base a ser utilizada para o cálculo da multa esperada e, ainda, se ela será consistente com o quanto utilizado para outros acordos que vierem a ser celebrados no âmbito do mesmo processo.

Em sua extensa análise sobre o instituto da Leniência, Amanda Athayde aponta esses problemas sugerindo que as incertezas devem ser sanadas pelo Tribunal do CADE quando do julgamento de casos decorrentes de acordos de Leniência Parcial:

A discussão que surge é a seguinte: qual será o parâmetro para o Tribunal definir se a redução será de um ou dois terços da penalidade aplicável? Não há, no RICADE ou no Guia do Programa de Leniência do CADE, previsão nesse sentido, o que deve ser aprimorado a partir do momento em que ocorrerem os primeiros julgamentos de Processos Administrativos oriundos de Acordos de Leniência Parcial. O Tribunal do CADE deve estar atento para manter a consistência interna do Processo Administrativo e também a consistência externa, o Tribunal não deve conceder menores benefícios ao signatário compromissário em sede de TCC, por exemplo. Se o caso foi oriundo, por exemplo, de um Acordo de Leniência Parcial e, após, foram celebrados TCCs, sendo que o primeiro obteve um desconto de 50%, o Tribunal não deve conceder benefício ao signatário que seja menor que este, sob pena de desincentivar futuras colaborações ao Programa de Leniência. Ainda, a fim de manter a consistência externa do Programa de Leniência, se as informações e documentos apresentados tiverem sido relevantes para a investigação, e se essa tiver resultado em evidências robustas para comprovar e condenar os demais investigados, o benefício deve ser o máximo, de 2/3 da penalidade aplicável. Esse foi o entendimento, por exemplo, no julgamento do Processo Administrativo 08012.005255/2010-11 (Cartel Internacional de Placas de Memória (DRAM)).¹³

¹³ ATHAYDE, Amanda. *Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: teoria e prática CADE, BC, CVM, CGU, TCU, MP*. Belo Horizonte: Forum, 2019, 1ª ed., pp. 102-103.

Concordamos que faz parte da atribuição do Tribunal do CADE esclarecer questões não totalmente endereçadas via legislação, RICADE, resoluções ou até mesmo guias. Não obstante, para os casos de Leniência Parcial tal solução parece não ser suficiente, causando enorme insegurança jurídica àqueles que avaliam a celebração de um acordo desse tipo.

Até o presente momento, foram julgados apenas dois Processos Administrativos, analisados em detalhe abaixo, no âmbito dos quais foram celebrados Acordos de Leniência Parcial e ambos os desfechos suscitaram grandes dúvidas em relação à equidade na determinação das contribuições e multas para os acordos firmados em diferentes fases e para as diversas partes do processo.

2. Os casos já apreciados pelo Tribunal e as discrepâncias identificadas

2.1 O cartel internacional de memória dinâmica de acesso aleatório

O processo administrativo n. 08012.005255/2010-11 foi instaurado em 21.06.2010 pela extinta Secretaria de Direito Econômico ("SDE"), a partir de documentos disponibilizados pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos para investigar conduta colusiva com efeitos no território brasileiro no mercado internacional de memória dinâmica de acesso aleatório (*Dynamic Random Access Memory – DRAM*), que teria ocorrido entre os anos de 1998 e 2002 e que foi objeto de acordo com as autoridades americanas. O Acordo de Leniência Parcial foi firmado em 24.11.2011 entre a SDE, de um lado, e a empresa NEC Corporation e pessoas físicas a ela relacionadas, de outro.

A instrução durou quase quatro anos e, no âmbito da SG, foram celebrados TCCs com as empresas Infineon Technologies AG¹⁴ ("Infineon"), Samsung Semiconductor Inc. e Samsung Electronics Co. Ltd. (conjuntamente

¹⁴ Requerimento n. 08700.001718/2011-07, Requerentes: Infineon Technologies AG e outros, TCC homologado pelo Tribunal do CADE em 11.02.2015.

denominadas “Samsung” neste item)¹⁵, Micron Technology, Inc. (“Micron”)¹⁶ e Hynix Semiconductor, Inc. (“Hynix”).¹⁷

Após a instrução, em 24.03.2016, a SG remeteu o processo ao Tribunal com sugestão de: (i) condenação das Representadas Elpida Memory Inc. (“Elpida”), Hitachi Ltd. (“Hitachi”), Mitsubishi Electric Corp. (“Mitsubishi”), Nanya Technology Corporation (“Nanya”) e Toshiba Corporation (“Toshiba”); (ii) pela extinção da ação punitiva da Administração Pública com relação à NEC Corporation por considerar que o Acordo de Leniência teria sido integralmente adimplido, nos termos do artigo 35-B, §4º, inciso I, e artigo 35-C, parágrafo único, da Lei n. 8.884/94¹⁸; e (ii) extinção da ação punitiva da Administração Pública com relação aos compromissários dos TCCs celebrados em razão do cumprimento integral dos acordos.

No âmbito do Tribunal foi celebrado mais um TCC, tendo por compromissária a representada Hitachi. O processo administrativo foi distribuído ao Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior e o seu julgamento ocorreu em 23.11.2016.

O Tribunal entendeu, por unanimidade, que restou configurada infração à ordem econômica pelas pessoas jurídicas, prevista no art. 20, incisos

¹⁵ Requerimento n. 08700.003191/2013-09, Requerentes: Samsung Semiconductor, Inc. e outros., TCC homologado pelo Tribunal do CADE em 11.02.2015.

¹⁶ Requerimento n. 08700.001469/2015-75, Requerente: Micron Technology, Inc., TCC homologado pelo Tribunal do CADE em 02.09.2015.

¹⁷ Requerimento n. 08700.004176/2015-40, Requerente: SK Hynix Inc., TCC homologado pelo Tribunal do CADE em 20.01.2016.

¹⁸ A incorreção da recomendação de extinção integral da ação punitiva, por se tratar de Leniência Parcial, foi apontada no voto do Relator que asseverou: “*Registro aqui minha divergência parcial em relação à recomendação da Superintendência-Geral de extinção integral da ação punitiva da Administração Pública em relação aos Beneficiários, tendo em vista que o presente Acordo de Leniência foi assinado sob a égide do inciso II do art. 35-B, §4º, da lei de regência da época da assinatura, ao passo que um acordo que previsse o perdão integral deveria ter sido firmado sob a égide do inciso I. Nesse passo, o CADE não pode conceder benesses maiores que aquelas permitidas pela lei e pelo acordo, uma vez que deve respeitar os termos em que foi pactuado pela extinta SDE. Logo, entendo que o Acordo de Leniência Parcial firmado nos presentes autos permite o perdão máximo de 2/3 da penalidade aplicável aos signatários do acordo.*” Ver: Voto Vencedor do Cons. Márcio de Oliveira Júnior, Documento SEI n. 0270374, item 226, no Processo Administrativo n. 08012.005255/2010-11, Representante: SDE *ex Officio*, Representadas: Elpida Memory, Inc.; Hitachi Ltd.; SK Hynix Inc. (atual denominação de Hynix Semiconductor, Inc.); Infineon Technologies, AG; Micron Technology, Inc.; e outras; julgado em 23.11.2016.

I e III, e no art. 21, incisos I, II, III e X, da Lei n. 8.884/94 (com correspondência no art. 36 da Lei n. 12.529/11), tendo havido, entretanto, divergência dos Conselheiros quanto à dosimetria das multas aplicadas, principalmente em relação à metodologia dos cálculos utilizados para definição das contribuições pecuniárias dos TCCs.

Nota-se que o CADE utilizou, na prática, quatro bases de cálculo distintas para cálculo das contribuições pecuniárias e das multas aplicadas quando do julgamento do processo¹⁹, conforme indicado na tabela abaixo:

¹⁹ Destaque-se que os valores das multas foram reformados em sede de embargos de declaração como destacado nos parágrafos seguintes. Para os valores inicialmente estabelecidos e base de cálculo, ver: Voto Vencedor do Cons. Márcio de Oliveira Júnior, Documento SEI n. 0270374, no Processo Administrativo n. 08012.005255/2010-11, Representante: SDE *ex Officio*, Representadas: Elpida Memory, Inc.; Hitachi Ltd.; SK Hynix Inc. (atual denominação de Hynix Semiconductor, Inc.); Infineon Technologies, AG; Micron Technology, Inc.; e outras; julgado em 23.11.2016.

Tabela I – Comparação entre as contribuições pecuniárias e penalidades estabelecidas pelo voto do Conselheiro Relator

Em- presa	Acordo	Homologa- ção	Base de Cálculo Utili- zada	Alí- quota	Des- conto	Valor Final
Infineon	1º TCC	10.12.2014	Venda de DRAM no ano de 2000, atualizado pela SELIC	15%	45%	703.349,46
Samsung	2º TCC	11.02.2015		15%	50%	1.714.243,72
Micron	3º TCC	02.09.2015		15%	38%	2.218.122,41
Hitachi	5º TCC	17.08.2016		15%	25%	974.960,87
Hynix	4º TCC	20.01.2016	Venda de DRAM no ano anterior à instauração do processo administrativo	20%	15%	3.007.466,42
Nanya	n/a	n/a	Valor de “multa espe- rada” estimada durante a negociação do seu TCC	15%	n/a	1.596.150,00
NEC Corpora- tion	Leniên- cia-Par- cial	n/a	Art. 23, inciso III, da Lei n. 8.884/94 ²⁰	n/a	66,66%	532.050,00
Elpida	n/a	n/a		n/a	n/a	1.596.150,00
Mit- subshi	n/a	n/a		n/a	n/a	1.596.150,00
Toshiba	n/a	n/a		n/a	n/a	1.596.150,00

Fonte: Elaboração Própria.

Em primeiro lugar, a tabela indica que mesmo entre as signatárias de TCCs as bases de cálculo utilizadas foram distintas. Para a maior parte foram utilizados os valores de vendas de DRAM no ano de 2000 em vez do faturamento no ano anterior à instauração do processo administrativo, pois considerou-se que o último valor era “*significativamente baixo, não sendo*

²⁰ O Conselheiro Relator considerou que não haveria dados fidedignos para mensurar valores de faturamento, razão pela qual estimou a multa aplicada dentro dos intervalos definidos no art. 23, inciso III, da Lei n. 8.884/94, segundo o qual “*não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir)*”. Ver: Voto Vencedor do Cons. Márcio de Oliveira Júnior, Documento SEI n. 0270374, itens 296 e 297, no Processo Administrativo n. 08012.005255/2010-11, Representante: SDE *ex Officio*, Representadas: Elpida Memory, Inc.; Hitachi Ltd.; SK Hynix Inc. (atual denominação de Hynix Semiconductor, Inc.); Infineon Technologies, AG; Micron Technology, Inc.; e outras; julgado em 23.11.2016.

proporcional à conduta e comprometendo o caráter dissuasório da multa”²¹, tendo sido o ano de 2000 o de maior faturamento das compromissárias durante o período da conduta. Optou-se pela aplicação de alíquota de 15%, por se tratar de cartel *hard core*.

Entendimento diferente foi aplicado para a signatária Hynix. Verificou-se que, caso considerado como base de cálculo o maior faturamento da compromissária durante o período da conduta, o valor de sua multa esperada e, conseqüentemente, de sua contribuição pecuniária, seria muito elevado, tornando o acordo inviável. Optou-se, então, pela utilização do faturamento bruto da empresa no ano anterior à instauração do processo em relação a ela, conforme indicado no art. 37, I, da Lei n. 12.529/2011, com alíquota majorada ao máximo legal (20%) a fim de compensar a base de cálculo significativamente baixa se comparada às utilizadas nos demais TCCs.²²

Em relação às demais representadas, as estimativas de base de cálculo foram completamente distintas. Para a empresa Nanya, foi utilizado o valor calculado da “multa esperada” quando das negociações do seu TCC, que não foram bem-sucedidas.²³ Dessa forma, a contribuição pecuniária seria de R\$ 1.537.014,16²⁴, que correspondia à projeção da participação de mercado da empresa em 2002, equivalente a 5,5%, no mercado mundial de DRAM.

Para as representadas Toshiba, Elpida e Mitsubishi, por sua vez, o Conselheiro entende que não haveria dados disponíveis suficientes para dimensionar o faturamento com o ramo de atividade das empresas atingido pela conduta, seja em âmbito mundial ou brasileiro, razão pela qual a multa deveria ser aplicada segundo a regra do art. 23, inciso III, da Lei n. 8.884/94 no montante de 1.500.000 UFIR para cada empresa (equivalente a R\$ 1.596.150,00).

²¹ Nota Técnica n. 16/2015/CGAA7/SGA2/SG/CADE, Requerimento n. 08700.003191/2013-09, Requerente: Samsung Semiconductor, Inc. e outros., Documento SEI n. 0019101, item 37.

²² Nota Técnica n. 13/2016/CGAA7/SGA2/SG/CADE, Requerimento n. 08700.004176/2015-40, Requerente: SK Hynix Inc., Documento SEI n. 0155445, item 63.

²³ A utilização do quanto produzido e debatido no contexto da negociação de um acordo que não logrou êxito já é, por si só, questionável, tendo em vista o quanto estipulado no RICADE, art. 179, §7º: “As informações e documentos apresentados pelo proponente durante a negociação do TCC subsequentemente frustrada não poderão ser utilizados para quaisquer fins pelas autoridades que a eles tiveram acesso”. Entretanto, não nos aprofundaremos nessa discussão, uma vez que foge do escopo do presente artigo.

²⁴ Valor equivalente a 1.444.426,42 UFIR, nos termos do art. 23, inciso III, da Lei n. 8.884/94.

Justificou-se que o valor “*guarda proporcionalidade com multas esperadas fixadas nos TCCs como base de cálculo das contribuições pecuniárias, com a situação econômico-financeira das condenadas e com as participações de mercado dos envolvidos no cartel*”²⁵.

Por fim, com relação à leniente parcial, NEC Corporation, argumentou-se que também não haveria dados suficientes para a estimativa do faturamento, concluindo-se que deveria ser aplicado o mesmo valor base de 1.500.000 UFIR (equivalente a R\$ 1.596.150,00), reduzido em dois terços em razão do cumprimento da leniência parcial, nos termos do artigo 86 da Lei n. 12.529/2011, resultando no montante de R\$ 532.050,00.

Como é possível verificar, os cálculos utilizados para o cálculo das multas quando do julgamento do processo administrativo não guardam proporcionalidade com o quanto estipulado na celebração dos TCCs, resultando na ausência de isonomia entre as partes.

Quanto aos descontos, destaca-se que à despeito de aparentemente o maior valor percentual ter sido concedido para a leniente parcial, não é possível aferir a efetiva existência de proporcionalidade caso os valores da base de cálculo utilizados tivessem sido isonômicos.

A falta de coerência foi ressaltada pelos Conselheiros João Paulo de Resende e Cristiane Alkmin nos votos divergentes que apresentaram e que acabaram vencidos.²⁶

²⁵ Voto Vencedor do Cons. Márcio de Oliveira Júnior, Documento SEI n. 0270374, item 296, no Processo Administrativo n. 08012.005255/2010-11, Representante: SDE *ex Officio*, Representadas: Elpida Memory, Inc.; Hitachi Ltd.; SK Hynix Inc. (atual denominação de Hynix Semiconductor, Inc.); Infineon Technologies, AG; Micron Technology, Inc.; e outras; julgado em 23.11.2016.

²⁶ O Cons. João Paulo de Resende apresentou divergência indicando que a multa então fixada não seria proporcional e nem dissuasória o suficiente, indicando necessidade de que fossem utilizados os critérios de definição da base de cálculo já adotados no âmbito dos TCCs. Nesse sentido, sugeriu nova metodologia de cálculo das multas, seguida pela Cons. Cristiane Alkmin, segundo a qual deveriam ser utilizados os dados de exportações de memória DRAM para o Brasil durante o período da conduta, supostamente também utilizados de base para os cálculos no âmbito dos TCCs, e, em sequência, indicou que fosse calculada a participação de cada uma das Representadas de acordo com as participações das empresas no mercado em que ocorreu a conduta “*de modo que aquelas empresas com maior poder para disputar o mercado brasileiro paguem mais que aquelas de menor capacidade*”. O Conselheiro sugere ainda consideração de sobrepreço de 10% sobre a base de cálculo a fim de considerar a vantagem auferida pelas empresas. Desta forma chegou aos seguintes valores de multa, substancialmente diferentes aos

A ausência de coerência não passou despercebida às partes que opuseram embargos de declaração, julgados em 08.03.2017. O Conselheiro Relator para os embargos aduziu que a utilização de parâmetros diferentes para o cálculo das contribuições pecuniárias dos TCCs e para a determinação das multas a serem impostas se justificaria pela natureza jurídica distinta desses dois tipos de relação. Isso porque os signatários de TCC teriam colaborado com a investigação e contribuído para a eficiência e celeridade processual.²⁷ Ao final, o Conselheiro Relator entendeu por alterar as multas aplicadas às representadas, agregando os valores ao de DRAM de computadores importados à base de cálculo, excluindo outros itens, por entender que assim se chegaria a parâmetros objetivos proporcionais nos moldes do art. 23, inciso III, da Lei n. 8.884/94.²⁸

Vale ressaltar que a explicação referente à diferença de natureza jurídica não parece ter guiado o estabelecimento das penalidades, uma vez que foi utilizado para a leniente parcial, que em tese colaborou com a busca da

calculados pelo Cons. Relator: Elpida - R\$ 109.001,82; Mitsubishi - R\$ 934.007,55; Toshiba - R\$ 1.725.052,51; Nanya - R\$ 44.998,50; e NEC Corporation - R\$ 1.935.376,42, que, com a redução de dois terços seria de R\$ 645.125,47. Muito embora o Conselheiro tenha sugerido metodologia congruente com a utilizada no âmbito dos TCCs, nota-se que, na prática, não foram esses os cálculos realizados no âmbito dos acordos e, ainda que fossem aplicadas as sugestões, o tratamento diferenciado das signatárias em relação às demais representadas persistiria, já que não foi considerada vantagem auferida no âmbito das multas esperadas quando da negociação dos TCCs. Ver: Voto Vogal do Cons. João Paulo de Resende, Documento SEI n. 0271604, no Processo Administrativo n. 08012.005255/2010-11, Representante: SDE *ex Officio*, Representadas: Elpida Memory, Inc.; Hitachi Ltd.; SK Hynix Inc. (atual denominação de Hynix Semiconductor, Inc.); Infineon Technologies, AG; Micron Technology, Inc.; e outras; julgado em 23.11.2016.

²⁷ Voto Vencedor do Cons. Relator Gilvandro Vasconcelos em Embargos de Declaração, Documento SEI n. 0310210, no Processo Administrativo n. 08012.005255/2010-11, Representante: SDE *ex Officio*, Representadas: Elpida Memory, Inc.; Hitachi Ltd.; SK Hynix Inc. (atual denominação de Hynix Semiconductor, Inc.); Infineon Technologies, AG; Micron Technology, Inc.; e outras; julgado em 08.03.2017.

²⁸ Os valores de multa passaram a ser de: Elpida: 1.454.545 (mil e quinhentas) UFIR, equivalente a R\$ 1.547.782,00; (um milhão, quinhentos e quarenta e sete mil setecentos e oitenta e dois reais); Toshiba: 1.386.364 (um milhão, trezentos e oitenta e seis mil e trezentos e sessenta e quatro) UFIR, equivalente a R\$ 1.475.229,55 (um milhão, quatrocentos e setenta e cinco mil duzentos e vinte e nove reais e cinquenta e cinco centavos); Nanya: 1.090.909 (um milhão, noventa mil e novecentos e nove) UFIR, equivalente a R\$ 1.160.836,36 (um milhão, cento e sessenta mil oitocentos e trinta e seis reais e trinta e seis centavos); Mitsubishi: 409.091 (quatrocentos e nove mil e noventa e um) UFIR, equivalente a R\$ 435.313,64 (quatrocentos e trinta e cinco mil trezentos e treze reais e sessenta e quatro centavos); e NEC: 500.000 (quinhentos mil) UFIR, equivalente a R\$ 532.050,00. (quinhentos e trinta e dois mil cinquenta reais).

verdade, a mesma base tomada para o cálculo das empresas que se defenderam até o final do processo administrativo.

A Conselheira Cristiane Alkmin apresentou novamente voto divergente, ressaltando sua opinião pela ausência de razoabilidade, proporcionalidade e transparência nos cálculos adotados, tendo em vista que o voto condutor teria aplicado “*multas sem especificações de critérios claros e objetivos, além de ter aplicado, por vezes, o inciso II para uma empresa*”, o que implicaria em “*arbítrio do julgador de valores genéricos, sem comprovação dos critérios usados para aferição da proporcionalidade da multa aplicada*”²⁹.

O Conselheiro João Paulo de Resende fez coro às críticas, ressaltando, em linha com voto do Conselheiro Gilvandro Araújo, que:

[I]nformações trazidas aos autos por Requerentes de TCC [cuja negociação não logrou sucesso] não [devem] ser, de forma alguma, utilizadas para cálculo das penalidades em condenações supervenientes. Isso não quer dizer que a mesma metodologia adotada para o TCC não deva ser usada na condenação; lembremos que a contribuição pecuniária de um TCC parte da expectativa de multa, razão pela qual a coincidência de metodologias é, inclusive, desejável.³⁰

A afirmação do Conselheiro João Paulo de Resende é extremamente pertinente e traz à tona a racionalidade que deveria ser utilizada no estabelecimento de contribuições pecuniárias e de penalidades no âmbito de um mesmo processo administrativo, ou seja, de que deveria ser adotada base de cálculo coincidente para todos.

Entretanto, o cálculo que o Conselheiro acabou sugerindo também não privilegiou um tratamento isonômico na medida em que, a fim de estimar a vantagem auferida, aplicou tanto para as empresas condenadas quanto para

²⁹ Voto Vencido da Conselheira Cristiane Alkmin em Embargos de Declaração, Documento SEI n. 0312071, item 37, no Processo Administrativo n. 08012.005255/2010-11, Representante: SDE *ex Officio*, Representadas: Elpida Memory, Inc.; Hitachi Ltd.; SK Hynix Inc. (atual denominação de Hynix Semiconductor, Inc.); Infineon Technologies, AG; Micron Technology, Inc.; e outras; julgado em 08.03.2017.

³⁰ Voto Vencido do Conselheiro João Paulo de Resende em Embargos de Declaração, Documento SEI n. 0312131, item 6, no Processo Administrativo n. 08012.005255/2010-11, Representante: SDE *ex Officio*, Representadas: Elpida Memory, Inc.; Hitachi Ltd.; SK Hynix Inc. (atual denominação de Hynix Semiconductor, Inc.); Infineon Technologies, AG; Micron Technology, Inc.; e outras; julgado em 08.03.2017.

a leniente parcial um fator de sobrepreço que não incidiu nos cálculos adotados para as contribuições pecuniárias dos TCCs celebrados. Com isso, possivelmente a empresa beneficiária da leniência acabaria sendo punida em valor proporcionalmente superior àquele aplicado a alguns signatários de TCC no mesmo processo.

Resta claro que mesmo havendo uma consciência subjacente à necessidade de manutenção de isonomia, isso não se verificou no estabelecimento das multas e contribuições pecuniárias.

2.2 O cartel internacional de TFT-LCD

O processo administrativo n. 08012.011980/2008-12 foi instaurado em 07.12.2009 com base em notícias de autoridades da concorrência estrangeiras relacionadas à prática de condutas anticompetitivas no mercado internacional de transistores de película fina para painéis de cristal líquido (*thin film transistor liquid crystal display* – TFT-LCD). Em 17.12.2010, a empresa ChiMei Optoelectronics Corporation e pessoas físicas a ela associadas celebraram Acordo de Leniência Parcial com a extinta SDE.

O caso tramitou por mais de nove anos, período no qual, no âmbito da SG, foram celebrados TCCs com as empresas Samsung Electronics Co., LTD e Samsung Electronics Taiwan Co. Ltd. (conjuntamente denominadas “Samsung” neste item)³¹, LG Display Co. Ltd (“LG”)³² e AU Optronics Corporation e Quanta Display Inc. (“AU Optronics”)³³, e com respectivas pessoas físicas, contabilizando três acordos no total.

Em 14.07.2017, a SG exarou parecer sugerindo o arquivamento do processo em face dos compromissários e, em relação à leniente parcial, recomendou a concessão de redução de 2/3 (dois terços) nas penalidades em virtude da celebração e cumprimento integral do acordo.

³¹ Requerimento n. 08700.003192/2013-53, Requerentes: Samsung Electronics Co., Ltd. e Samsung Electronics Taiwan Co., Ltd., TCC homologado pelo Tribunal do CADE em 20.08.2014.

³² Requerimento n. 08700.007696/2013-42, Requerentes: LG Display Co., Ltd. (com adesão de LG Electronics e LG Electronics Taiwan Taipei Co., Ltd.), TCC homologado pelo Tribunal do CADE em 25.11.2015.

³³ Requerimento n. 08700.001448/2015-50, Requerentes: AU Optronics Corp e Quanta Displays Inc., TCC homologado pelo Tribunal do CADE em 26.09.2017.

Em sequência, o processo foi distribuído ao Cons. Rel. Maurício Oscar Bandeira Maia, tendo sido negociados no âmbito do Tribunal mais dois TCCs, o primeiro com a empresa Chunghwa Picture Tubes, Ltd. (“Chunghwa”)³⁴, e o segundo com a Japan Display Inc. (nova denominação da Hitachi Displays Ltd., denominada “Japan Display (Hitachi)”)³⁵.

O caso foi julgado pelo Tribunal do CADE em 27.02.2019³⁶, momento no qual foi definida a multa esperada à leniente parcial e aplicado o respectivo desconto, bem como foi condenada a empresa Hannstar Display, Inc. (“Hannstar”), e arquivado o processo em relação a todas as signatárias de TCCs e demais Representadas por insuficiência de provas.

Nota-se que a estimativa das bases de cálculo utilizada pelo CADE para estimativas das multas esperadas para fins de determinação das contribuições pecuniárias no âmbito dos TCCs não foi a mesma utilizada quando da definição da multa aplicada à leniente parcial ao final do processo e à empresa condenada, como indicado na tabela abaixo:

Tabela II – Comparação entre as contribuições pecuniárias e penalidades estabelecidas no voto do Conselheiro Relator

Empresa	Acordo	Homologação	Base de Cálculo Utilizada	Valor aplicado (R\$)
Chi Mei	Leniência-Parcial	n/a	Faturamento virtual da compromissária no Brasil no mercado de TFT-LCD no exercício de 2006	13.183.797,82
Hannstar	n/a	n/a		13.528.267,59
Samsung	1º TCC	20.08.2014	Faturamento bruto em vendas de TFT-LCD ao Brasil nos últimos 12 meses da empresa na conduta	8.960.880,00
LG	2º TCC	20.08.2014		33.870.000,00
AU Optronics	3º TCC	25.11.2015		16.676.031,00

³⁴ Requerimento n. 08700.004917/2017-54, Requerentes: Chunghwa Picture Tubes, Ltd., TCC homologado pelo Tribunal do CADE em 26.09.2017.

³⁵ Requerimento n. 08700.000527/2018-96, Requerentes: Japan Display Inc. (atual denominação da Hitachi), TCC homologado pelo Tribunal do CADE em 26.11.2018.

³⁶ Voto vencedor do Cons. Rel. Maurício Oscar Bandeira Maia, Documento SEI n. 0589241, no Processo Administrativo n. 08012.011980/2008-12, Representante: SDE *ex Officio*, Representados: AU Optronics Corporation; Innolux Corporation (antiga ChiMei Optoelectronics); Chunghwa Picture Tubes Ltd.; Seiko Epson Corporation (antiga Epson Imaging Devices Corporation); e outros, julgado em 27.02.2019.

Empresa	Acordo	Homologação	Base de Cálculo Utilizada	Valor aplicado (R\$)
Chunghwa	4º TCC	26.09.2017		11.533.214,00
Japan Display (Hitachi)	5º TCC	26.11.2018	Faturamento virtual da comissária no Brasil no mercado de TFT-LCD no exercício de 2006	8.288.576,00

Fonte: Elaboração Própria.

Em primeiro lugar, o CADE optou por não utilizar valores de faturamento bruto das empresas no ano anterior à instauração do processo administrativo, como estabelecido pelo art. 37, I, da Lei n. 12.529/2011, uma vez que, conforme sustentado pelas Requerentes de TCC no âmbito das negociações, tal base de cálculo não seria proporcional pois “*o mercado objeto da conduta investigada (e conseqüentemente o faturamento das requerentes) ter crescido de forma vertiginosa, pelo que o cálculo de eventual sanção sobre o faturamento de 2008 se mostraria desproporcional com a própria conduta e seus efeitos*”³⁷. Tal entendimento foi aplicado para cálculo das multas aplicadas às demais representadas no processo.

Também se destaca a diferença na utilização pelo CADE, para as quatro primeiras signatárias de TCC, de valores de faturamento no Brasil nos últimos 12 (doze) meses referentes às suas participações na conduta, enquanto para a leniente parcial (e para a signatária do último TCC celebrado) o critério temporal foi tão somente relacionado ao exercício financeiro de 2006³⁸.

Em segundo lugar, as bases de cálculo utilizadas para cálculo das contribuições das signatárias dos TCCs, isto é, faturamento bruto no Brasil em

³⁷ Ver: Nota Técnica n. 234/2014/Superintendência-Geral do CADE, Documento SEI n. 0016677, fls. 11, no Requerimento n. 08700.003192/2013-5, Requerente: Samsung Electronics Co. Ltd. e Samsung Electronics Taiwan Co., Ltd., TCC homologado pelo Tribunal do CADE em 20.08.2014..

³⁸ Não há informações públicas disponíveis que permitam inferir a motivação de tal diferenciação. O voto do Cons. Rel. Mauricio Oscar Bandeira Maia, responsável pela condução da negociação do TCC, indica apenas que “[a] base de cálculo foi formada a partir da estimativa de faturamento da empresa no Brasil, dado que a Comissária não tem filial, sucursal ou subsidiária no Brasil e também não o tinha à época da conduta. Ainda, tal estimativa foi necessária tendo em vista o fato de a empresa não realizar vendas diretamente para o Brasil, como consta nos autos.” Ver: Voto Vencedor do Cons. Rel. Mauricio Oscar Bandeira Maia, Documento SEI n. 0550628, item 15, no Requerimento n. 08700.000527/2018-96, Requerentes: Japan Display Inc., TCC homologado pelo Tribunal do CADE em 26.11.2018.

vendas de TFT-LCD, foram distintas da utilizada para cálculo da multa aplicada à leniente parcial, em face da qual foi estimado o “faturamento virtual em vendas no Brasil”, muito embora a empresa tivesse realizado vendas diretas ao mercado brasileiro em 2006, último ano da conduta, e fosse possível a aplicação de tal base à leniente parcial.³⁹

O Conselheiro Relator em seu voto justificou a não utilização de tal dado pois “*não ser[ia] representativo e condizente com os efeitos do cartel no mercado brasileiro*”, uma vez que nos TCCs o valor de vendas diretas ao Brasil guardaria proporcionalidade com o *share* detido pelas compromissárias globalmente, o que não ocorreria com a leniente parcial. Nesse sentido, o cálculo do faturamento bruto virtual se deu espelhando-se a participação da empresa no mercado global do produto sob o valor do tamanho do mercado brasileiro de TFT-LCD.

Entretanto, caso o CADE tivesse utilizado a mesma base de cálculo aplicada à leniente parcial às signatárias de TCCs, isto é, os seus “faturamentos brutos virtuais”, os valores pagos por essas teriam sido substancialmente maiores:

Tabela III – Comparação entre os descontos efetivamente aplicados às empresas signatárias de acordos

Em- presa	Acordo	Market Share Global (2005)	Faturamento Virtual no Brasil Corrigido (R\$)	Multa espe- rada (alíquota de 16%)	Contribuição efetiva (R\$)	Des- conto efetivo	Des- conto formal
Chi Mei	Leniência- Parcial	8,42%	247.196.209,00	39.551.393,00	13.183.797,00	66,66%	66,66%
Sam- sung	1º TCC	19,28%	566.026.474,00	90.564.235,00	8.960.880,00	90,11%	50%
LG	2º TCC	16,56%	486.172.117,00	77.787.538,00	33.870.000,00	56,46%	40%

³⁹ Destaca-se que, para a representada Hannstar foi aplicada a mesma base de cálculo, isto é, a estimativa de seu faturamento bruto virtual em vendas no Brasil, argumentando-se que tal parâmetro se justificava pela indisponibilidade de dados fidedignos de faturamento da empresa em território nacional no último ano da conduta. Para maiores detalhes, ver: Voto vencedor do Cons. Rel. Maurício Oscar Bandeira Maia, Documento SEI n. 0589241, itens 279 a 291, no Processo Administrativo n. 08012.011980/2008-12, Representante: SDE *ex Officio*, Representados: AU Optronics Corporation; Innolux Corporation (antiga ChiMei Optoelectronics); Chunghwa Picture Tubes Ltd.; Seiko Epson Corporation (antiga Epson Imaging Devices Corporation); e outros, julgado em 27.02.2019.

Em- presa	Acordo	Market Share Global (2005)	Faturamento Virtual no Brasil Corrigido (R\$)	Multa espe- rada (alíquota de 16%)	Contribuição efetiva (R\$)	Des- conto efetivo	Des- conto formal
AU Op- tronics	3º TCC	11,73%	344.371.916,00	55.099.506,00	16.676.031,00	69,73%	25%
Chun- ghwa	4º TCC	4,17%	122.423.776,00	19.587.804,00	11.533.214,00	41,12%	15%
Japan Display	5º TCC	1,96%	57.542.110,00	9.206.737,00	8.288.576,00	9,97%	14,5%

Fonte: Adaptada da tabela constante à fl. 6 dos Embargos de Declaração registrados como Documento SEI n. 0595239 apresentados no PA n. 08012.011980/2008-12. Na prática, portanto, algumas Signatárias de TCCs foram “premiadas” por registrarem faturamento bruto de vendas diretas de TFT-LCD no Brasil, e a leniente parcial, por não exercer tais atividades, foi submetida à base de cálculo substancialmente mais gravosa, o que acarretou pagamento de multa proporcionalmente maior do que as contribuições pecuniárias pagas pelas demais signatárias de acordos com o CADE.

3. Crítica e sugestão

Conforme discorrido acima, a celebração de um Acordo de Leniência Parcial representa situação *sui generis* no ordenamento jurídico antitruste brasileiro, já que os signatários não têm conhecimento da contribuição pecuniária a ser estabelecida ao final, resultando em enorme insegurança jurídica e, em última instância, em desincentivo para o engajamento nesse tipo de solução consensual.

A adequação do valor a ser estabelecido depende, inteiramente, da observância pelo Tribunal do CADE de parâmetros apropriados na avaliação do cumprimento ou não do acordo pelos seus signatários e, também da utilização pelo órgão julgador de base de cálculo coerente aos demais acordos celebrados no âmbito daquele processo administrativo.

Ocorre que não há diretivas claras com o fito de garantir que tais critérios serão obedecidos, assegurando que haverá isonomia nos critérios aplicados e que os signatários de um Acordo de Leniência Parcial não ficarão em situação de desvantagem frente aqueles que celebraram TCCs.

A existência de uma consciência subjacente de que deveria ser mantida coerência nos cálculos parece não ser suficiente: os únicos dois casos que servem de sinalização ao mercado indicam que, de fato, os critérios utilizados

variaram significativamente no decorrer de um mesmo processo administrativo.

Dessa forma, entende-se que, atualmente, a mensagem enviada ao mercado é de que os resultados da celebração de um Acordo de Leniência de Parcial podem caracterizar um cheque em branco por parte daquele que concorda em assumir tal compromisso com o CADE, uma vez que é impossível dimensionar o valor a ser desembolsado futuramente.

Entende-se que alguns fatores contribuem para as dificuldades encontradas para a manutenção da coerência entre as bases de cálculo das multas e eventuais contribuições pecuniárias calculadas: (i) a convergência completa dos membros do tribunal no que tange a melhor forma de cálculo das multas é um objetivo muito improvável, senão pelo estabelecimento de diretivas claras nesse sentido por meio de disposição regimental, via regulação ou elaboração de um guia⁴⁰; e (ii) ao longo do trâmite de um processo administrativo podem ocorrer diversas alterações na composição do tribunal, de forma que o plenário que homologa os TCCs pode não ser o mesmo que determinará as penalidades e a multa a ser paga pelo leniente parcial.

Tal cenário nos leva a crer que a melhor prática seria alterar o procedimento de maneira que a definição da base de cálculo a ser adotada para o caso faça parte da negociação do Acordo de Leniência Parcial, com aval específico do Tribunal.

O conhecimento prévio em relação a essa variável permitiria maior previsibilidade ao leniente parcial, bem como teria o condão de garantir isonomia entre a sua situação, de um lado, e os eventuais compromissários de

⁴⁰ No ano de 2020 o CADE submeteu à consulta pública minuta do documento “Guia de Dosimetria de Multas de Cartel”, que possuía por objetivo apresentar metodologia que vem sendo utilizada pelo Tribunal do CADE na definição de multas a esse tipo de conduta com base na jurisprudência do órgão dos anos de 2012 a 2019. A despeito de buscar dar maior uniformidade, transparência e racionalidade nos procedimentos de dosimetria, a minuta destaca que “[a]s práticas e procedimentos aqui descritos podem ser alterados a juízo de conveniência e oportunidade do CADE, a depender das circunstâncias do caso concreto”. Até a data de fechamento deste artigo não há atualizações sobre a publicação de referido guia. Minuta disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2020/Cade%20es-tende%20prazo%20para%20contribui%C3%A7%C3%B5es%20%C3%A0%20vers%C3%A3o%20preliminar%20do%20Guia%20de%20Dosimetria%20de%20Multas%20de%20Cartel__Minuta_Guia_de_dosimetria.pdf>. Acessado em: 13.10.2021.

TCCs, além daqueles que venham a ser condenados ao final, de outro lado, preservando a uniformidade da base de cálculo para a dosimetria, que deveria caracterizar a apreciação de um processo administrativo, o que inclusive fortaleceria o caso frente a potenciais questionamentos judiciais.

Tal solução, além de garantir isonomia também preservaria certa flexibilidade que permitiria individualização adequada das contribuições e penalidades, bem como espaço às partes para que possam exercer seu direito à ampla defesa e ao contraditório também em relação à dosimetria. Isso porque ficaria disponível uma maior calibragem via alíquota e desconto a ser concedido.

Vislumbra-se possível crítica no sentido de que haveria dificuldade no estabelecimento de uma base de cálculo em fase tão preliminar, no entanto, há que se destacar que atualmente são celebrados TCCs antes mesmo da instauração dos processos administrativos, o que demanda, para o cálculo da contribuição pecuniária, a definição de uma base de cálculo com base em multa esperada, demonstrando que há ferramentas suficientes para tanto.

Da forma como ocorre atualmente, cabe ao Tribunal estabelecer todas as variáveis da multa para o leniente parcial no momento da decisão final, o que é mais confortável, uma vez que há mais conhecimento pela autarquia da conduta em questão. No entanto, tal situação causa insegurança jurídica, na medida em que obriga a parte a assinar acordo sem qualquer previsão sobre o montante que desembolsará ao final do processo e, também abre margem à ausência completa de isonomia entre as partes.

O estabelecimento prévio da base de cálculo talvez não permita uma metodologia perfeita e completamente atrelada a todas as descobertas feitas ao longo da instrução probatória, no entanto, teria como contrapartida o fortalecimento do Programa de Leniência, por agregar maior previsibilidade à modalidade parcial, e a garantia de maior coerência entre os cálculos realizados ao longo de um mesmo procedimento.

Na prática, trata-se, portanto, de uma escolha política que a autoridade deve fazer, qual seja, privilegiar uma pretendida perfeição dos cálculos (que não se verifica nos casos práticos) ou uma maior segurança jurídica e isonomia no tratamento dos representados.

Bibliografia

ATHAYDE, Amanda. *Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: teoria e prática* CADE, BC, CVM, CGU, TCU, MP. Belo Horizonte: Forum, 2019, 1ª ed., pp. 102-103.

BRASIL. Lei n. 12.529/2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dentre outras disposições. *Diário Oficial da União*: seção 1, DF, ano 148, pp. 1-9, 01.12.2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>. Acessado em: 13.10.2021.

CADE e MPF/SP debatem em seminário evolução e relevância de acordo de leniência. *Notícias CADE*, 24.08.2018, disponível em: <<http://antigo.cade.gov.br/noticias/cade-e-mpf-sp-debatem-em-seminario-evolucao-e-relevancia-de-acordo-de-leniencia>>. Acessado em: 13.10.2021.

CADE e SDE lançam “joint brochure on Brazil’s Leniency Program”. *Notícias CADE*, 01.01.2009, Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-e-sde-lancam-joint-brochure-on-brazils-lenieny-program>. Acessado em: 13.10.2021.

CADE lança anuário com balanço de atuação na defesa da concorrência em 2020. *Notícias CADE*, 03.02.2021, Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-lanca-anuario-com-balanco-de-atuacao-na-defesa-da-concorrenca-em-2020>>. Acessado em: 13.10.2021.

CADE lança cursos on-line sobre leniência antitruste e detecção de cartéis em licitações. *Notícias CADE*, 10.10.2019, Disponível: <<http://en.cade.gov.br/cade/noticias/cade-lanca-cursos-on-line-sobre-lenieny-antitruste-e-deteccao-de-carteis-em-licitacoes>>. Acessado em: 13.10.2021

CADE. *Minuta de Guia de Dosimetria de Multas de Cartel*. Submetido à Consulta Pública em junho de 2020. Brasília: [s.n.], 2020. Disponível em:

<https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2020/Cade%20es-tende%20prazo%20para%20contri-bui%C3%A7%C3%B5es%20%C3%A0%20vers%C3%A3o%20prelimi-nar%20do%20Guia%20de%20Dosimetria%20de%20Multas%20de%20Car-tel__Minuta_Guia_de_dosimetria.pdf>. Acessado em: 12.10.2021.

_____. *Guia de Recomendações Probatórias para Propostas de Acordo de Leniência com o CADE*. Brasília: [s.n.], 2021. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/Guia-recomendacoes-probatorias-para-proposta-de-acordo-de-lenien-cia-com-o-Cade.pdf>>. Acessado em: 12.10.2021.

_____. *Guia do Programa de Leniência Antitruste do CADE*. Brasília: [s.n.], 2016, Atualização de Setembro de 2017. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/2020-06-02-guia-do-programa-de-leniencia-do-cade.pdf>>. Acessado em: 12.10.2021.

HAMMOND, Scott. *Cornerstones of an Effective Leniency Program*. [S.l.]: [s.n.], 2004. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/cornerstones-effective-leniency-program>>. Acessado em: 13.10.2021.

OCDE. *Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política da Concor-rência: Brasil*. [S.l.]: [s.n.], 2019, pp. 70-71. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/revisoes-por-pares-da-ocde-sobre-le-gislacao-e-politica-de-concorrencia-brasil-2019-web.pdf>>. Acessado em: 13.10.2021.

REBELLO, Daniel Costa; BUAIZ, José Alexandre; e MEDRADO, Renê Gui-lherme S. Damage Claims and Leniency Programs: legislative perspectives in Brazil. In: IBRAC (org.). *The Future of Antitrust*. São Paulo: Editora Singular, 2019, pp. 391-400.

YSEWYN, Johan; KAHMANN, Siobhan. The decline and fall of the leniency programme in Europe. In: *Concurrences Review*, n. 1-2018, fevereiro de 2018, pp. 44-59. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3126172>>. Acessado em: 13.10.2021.