Cartel para contratação de serviços na área de tecnologia da informação

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)

REQUERIMENTO nº 08700.002709/2010-44

Requerentes: Politec S.A. e Hélio Santos Oliveira
Advogados: Caio Mário da Silva Pereira Neto, Luís Felipe Valerim Pinheiro, Schermann Chrystie Miranda e Silva e outros.
Relator: Conselheiro **Olavo Zago Chinaglia**

Voto

(Versão Pública)

I. Introdução

1. Trata-se de requerimento protocolado por Politec Tecnologia da Informação S.A. ("**Politec**" ou Requerente Pessoa Jurídica) e Hélio Santos Oliveira ("**Hélio Oliveira**" ou Requerente Pessoa Física), em que se submete proposta para celebração de termo de compromisso de cessação (TCC) no âmbito da Averiguação Preliminar n. 08012.003021/2005-72, nos termos do art. 53 da Lei n. 8.884/94.

2. Referida averiguação preliminar foi instaurada pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) em 6/3/2009, a fim de investigar suposto cartel no mercado de licitações para contratação de serviços de tecnologia da informação no Distrito Federal.

3. A pedido dos Requerentes, foi deferido tratamento confidencial à proposta inicial, ao andamento processual e ao processo de negociação, nos termos do art. 129-A do Regimento Interno do Cade (Ricade).

II. Dos pareceres

4. A proposta inicial de compromisso foi enviada à SDE para análise. Após detalhado exame, concluiu a Secretaria que a proposta apresentada seria aderente ao interesse público desde que acatadas determinadas sugestões expostas ao longo do seu parecer.

5. Uma vez protocolada a proposta final de TCC pelos Requerentes, cópias integrais dos autos foram remetidas à Procuradoria do Cade (Procade) e ao il. Representante do Ministério Público Federal (MPF) para a emissão dos respectivos pareceres.

6. A versão final da proposta de compromisso também foi remetida à SDE, para que a Secretaria pudesse avaliar em que medida determinadas sugestões expostas em seu parecer inicial haviam sido atendidas pela proposta última dos Requerentes.

7. As considerações realizadas pelo MPF, pela Procade e pela SDE serão abordadas ao longo do presente voto, em especial no item VI, que se dedica ao exame detalhado dos termos da proposta final de compromisso apresentada pelos Requerentes.

III. Dos mecanismos de transação na política antitruste brasileira

8. O principal instrumento da política brasileira de repressão a condutas anticoncorrenciais é sem dúvida o processo administrativo previsto na Lei 8.884/94. Tal procedimento possui nítido caráter adversarial, desempenhando a SDE as funções de apuração e repressão das infrações concorrenciais, enquanto às pessoas físicas e jurídicas investigadas cabe se defender das acusações que lhe forem imputadas pela Secretaria. Ao final do processo, compete ao Cade decidir sobre a configuração da infração apurada pela

SDE e aplicar as penalidades correspondentes. Ao longo de todo o processo administrativo, os acusados exercem o direito ao contraditório e à ampla defesa, sendo extensas as garantias processuais estabelecidas pela legislação constitucional e infraconstitucional em seu favor.

9. São inegáveis os obstáculos enfrentados pela persecução administrativa antitruste, desde a dificuldade na detecção de condutas ilegais — normalmente conduzida de forma sofisticada e sorrateira por agentes muito bem preparados — até a possibilidade de revisão das decisões pelo Poder Judiciário.

10. Também são óbvios os altos custos existentes no carregamento de processos antitruste. O sucesso da apuração de infrações concorrenciais exige o emprego de técnicas sofisticadas e intrusivas de investigação, como buscas e apreensões e interceptações telefônicas. Tais métodos implicam altos custos para a Administração, já que, além de usualmente envolverem disputas judiciais sobre a legalidade dos procedimentos, são necessárias a análise e a depuração de inúmeros documentos e arquivos para que se encontrem informações relevantes para a investigação.

11. Como forma de otimizar o trabalho da Administração na apuração de ilícitos concorrenciais e na condução dos respectivos processos administrativos, prevê a Lei 8.884/94 dois mecanismos de transação administrativa que integram a política brasileira antitruste: o acordo de leniência e o termo de compromisso de cessação (TCC). Referido diploma prevê ainda a possibilidade de a Procade realizar, mediante autorização do Plenário do Conselho, acordos judiciais nos processos relativos a infrações contra a ordem econômica.

12. As próximas seções deste voto dedicam-se a analisar a utilização destes três instrumentos no âmbito de processos administrativos relativos aos chamados "cartéis clássicos", o que se justifica pelo fato de que nesse tipo de procedimento (i) inexiste discussão sobre a ilicitude da conduta, (ii) há uma prévia consciência do cometimento do ilícito por parte dos agentes envolvidos e (iii) a condenação dos investigados depende basicamente da prova de sua participação no conluio para divisão de mercado, aumento de preços etc.

III.1 Do acordo de leniência

13. Programas de leniência consistem basicamente na concessão, por parte da Administração, de imunidade ou redução das penalidades em troca da cooperação de um dos responsáveis por uma infração antitruste. Tal cooperação envolve normalmente a admissão do cometimento do ilícito pelo

leniente e a apresentação de evidências ou informações que possibilitem à Administração processar e condenar os demais envolvidos na prática.

14. Ilícitos concorrenciais — em especial os chamados cartéis *hardcore* — são condutas de caráter continuado operacionalizadas coletiva e secretamente por agentes bem preparados, cuja detecção pelas autoridades estatais é extremamente difícil. Agentes envolvidos em infrações anticompetitivas tendem a desenvolver laços de fidelidade, o que pode garantir a estabilidade do conluio por longos períodos.

15. Programas de leniência visam primariamente a facilitar a detecção de colusões por meio da concessão de benefícios a um dos coautores do ilícito, em troca de informações e evidências que auxiliem na persecução dos outros responsáveis. O papel da leniência não se resume, todavia, a facilitar o acesso da Administração a informações e evidências relativas a uma infração antitruste. Programas de leniência também possuem a importante função de criar um elemento de instabilidade no funcionamento de cartéis. A possibilidade de imunidade criada pela leniência aumenta enormemente os incentivos para que denúncia da infração parta de um dos coautores da infração, disseminando desconfiança e tornando a colusão mais difícil de ser sustentada.

16. Obviamente, a redução das penalidades possui um impacto negativo no que concerne à dissuasão da política antitruste, já que o leniente, que cooperou para a infração e auferiu daí lucros ilícitos, não sofrerá as sanções que lhe deveriam ser imputadas. A fim de minimizar tais impactos negativos, o programa brasileiro de leniência prevê certas restrições, como a limitação do benefício ao primeiro agente que procurar a SDE, a inaplicabilidade do programa aos agentes líderes da conduta e a necessidade de que a Secretaria ainda não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação do agente.

17. Dessa forma, a celebração de acordos de leniência justifica-se apenas enquanto eles forem capazes de maximizar a eficiência da política de dissuasão de cartéis, sendo crucial para tanto que os efeitos positivos relativos ao aumento na detecção de infrações e à criação de instabilidade em conluios superem as perdas relacionadas à redução da penalização.

18. Desde 2003, a SDE assinou 10 acordos de leniência.[1] A importância da leniência para o bom funcionamento da política de combate a cartéis do SBDC

---

[1] Informação disponível no site da SDE: <http://portal.mj.gov.br/sde/data/Pages/MJ9F537202ITEMIDA0C5C3163D834AB588C7651A10B74C32PTBRNN.htm>.

pode ser percebida em diferentes casos, como no PA nº 08012.001826/2003-10 ("Cartel dos Vigilantes"), PA nº 08012.010932/2007-18 ("Cartel das Mangueiras Marítimas") e PA nº 08012.000820/2009-11 ("Cartel dos Compressores").

III.2 Do instituto do TCC

19. Outra hipótese de transação prevista na Lei nº 8.884/94 é o termo de compromisso de cessação (TCC), cuja natureza e âmbito de aplicação são diferentes dos da leniência. Enquanto esta se volta a maximizar a eficiência da política antitruste por meio da facilitação da detecção de infrações, o TCC concede à Administração e aos acusados uma oportunidade mais ampla de realização de acordo, capaz de afastar os diversos riscos e despesas existentes na condução de processos antitruste.

20. A celebração de TCCs pode trazer diferentes benefícios à política nacional de dissuasão de ilícitos concorrenciais. Tais compromissos diminuem os custos de implementação do combate a condutas anticompetitivas, já que possibilitam a conclusão mais rápida das investigações e permitem que mais condutas suspeitas sejam perseguidas com a mesma quantidade de recursos administrativos. A celebração de TCCs também torna mais célere o fim dos procedimentos investigativos, fazendo com que a responsabilização do acusado ocorra mais rapidamente. Por fim, tais acordos evitam futuras contendas judiciais, que representam potenciais riscos de reversão de punições impostas administrativamente. A variedade e a magnitude das vantagens oriundas da celebração de TCCs explicam o restabelecimento, pela Lei nº 11.482/07, da possibilidade de uso desse instrumento no âmbito de processos relativos a condutas colusivas.

21. Da ótica da Administração, existem dois tipos básicos de propostas de TCCs em processos administrativos que investiguem cartéis, que se diferenciam pela existência ou não de um acordo de leniência no procedimento em questão.

22. A celebração de acordo de leniência indica que algum dos envolvidos na conduta reconheceu a ilicitude dos atos investigados, não existindo mais dúvidas para a Administração sobre a existência de uma infração à ordem econômica. Também significa que o leniente identificou os coautores da infração e forneceu informações e documentos aptos a comprovar a ocorrência do ilícito. Assim, a propositura de TCC num processo em que já existe um leniente dá-se num contexto em que a existência de uma conduta infrativa é certa e a

Administração presumivelmente possui evidências suficientes para processar e condenar os responsáveis. O Cade celebrou até hoje quatro compromissos em procedimentos investigativos que já contavam anteriormente com um acordo de leniência, experiência esta que será examinada na seção IV abaixo.

23. Com situação distinta se defronta a Administração quando lhe é proposta um TCC referente a um processo no qual não há acordo de leniência. Nessas situações, a negociação do acordo tende a ser mais desafiadora. À análise da negociação desse tipo de propostas — que até o momento foram aceitas pelo Cade em três ocasiões — dedica-se a seção V do presente voto.

III.3 Da transação judicial

24. O art. 10, inc. IV da lei 8.884/94 autoriza a Procade a promover, mediante autorização do Plenário, acordos judiciais em processos relativos a infrações contra a ordem econômica. A realização de tais transações judiciais dá-se obviamente em contexto muito diverso daquele da negociação dos outros tipos de acordo, uma vez que naquela situação já inexiste qualquer incerteza administrativa acerca da ocorrência de um ilícito concorrencial e da culpabilidade do proponente.

25. Como a decisão condenatória pelo Cade constitui título executivo, o adimplemento do conteúdo da condenação representa para a Administração, abstraindo-se a hipótese de revisão da decisão pelo Judiciário, mera questão de tempo. Nesse quadro, a transação judicial apresenta-se como um possível atalho para que a decisão administrativa seja implementada antes de percorridas todas as instâncias judiciais, podendo também ser eventualmente utilizada para minorar eventuais riscos de revisão judicial que, no caso concreto, se considerem presentes.

26. Até o momento, a Procade promoveu seis transações judiciais, sendo quatro delas referentes a processos administrativos que investigaram condutas colusivas entre empresas. Trata-se dos acordos judiciais realizados com Embu Engenharia e Comércio, Iúdice Mineração e Pedreira Sargon, que figuraram como Representadas no PA nº 08012.002127/2002-14, referente ao chamado "Cartel das Britas", e com Empresa Portoalegrense de Vigilância Ltda., que foi condenada no Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10 ("Cartel dos Vigilantes").

IV. Negociação de propostas de TCC em processos com acordo de leniência

27. Propostas de TCCs formalizadas após a celebração de um acordo de leniência necessariamente devem conter o reconhecimento de culpa por parte do Compromissário, conforme previsto no art. 129-G do Ricade, que tem por objetivo assegurar que os proponentes de TCCs não obtenham uma situação mais favorável do que aquela desfrutada pelo leniente, o que acabaria por minar o bom funcionamento do programa de leniência.

IV.1 Da experiência internacional

28. Em outras jurisdições também se prevê a possibilidade de realização de acordos com suspeitos de condutas colusivas mesmo após a celebração de acordos de leniência. Há diferenças, contudo, nas vias disponíveis aos agentes investigados para a propositura de acordos depois de já ter sido celebrada uma leniência relativa a uma conduta específica.

29. Ao contrário da opção feita pelo legislador brasileiro, que restringiu a utilização do instituto da leniência à primeira empresa ou pessoa que denunciar o cartel, outras jurisdições aceitam que mais de um agente envolvido em uma infração colusiva seja beneficiado pelo programa de leniência. Para tanto, devem os investigados oferecer contribuições efetivas para o desenvolvimento da investigação, trazendo informações e evidências que ainda não haviam sido apresentadas pelo primeiro leniente.

30. A Comissão Europeia, por exemplo, condiciona a concessão de tais reduções à apresentação pelas proponentes de um "valor acrescentado significativo" em relação aos elementos de prova trazidos pelo leniente ou encontrados pela própria Comissão.[2] À primeira empresa que fornecer um valor acrescentado à investigação pode ser concedida uma redução entre 30% e 50% da multa; à segunda, uma redução entre 20% e 30%; e à terceira e às demais, reduções de até 20%. Sistemática semelhante é utilizada pelo *Bundeskartellamt*, autoridade antitruste alemã.[3]

---

[2] *Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis*. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:298:0017:0022:PT:PDF>.

[3] *Notice no. 9/2006 of the Bundeskartellamt on the immunity from and reduction of fines in cartel cases.* Disponível em: <www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/Merkblaetter/06_Bonusregelung_e_Logo.pdf>.

31. Além de trazerem novos subsídios ao conjunto probatório da Comissão, as empresas que desejam obter a redução de suas multas também devem atender a todas as obrigações cumpridas pelo primeiro leniente, como cooperar plenamente com a investigação, reduzir a termo sua participação no conluio e abster-se de destruir elementos de prova. Assim, fica garantida a corrida pelo primeiro lugar no programa de leniência, que se mostra claramente mais vantajoso do que os acordos fechados posteriormente.

32. Os Estados Unidos, por sua vez, não aceitam que haja mais de um leniente em uma mesma investigação de um ilícito antitruste. Assim como no Brasil, o instituto da leniência é reservado apenas para o primeiro agente que denunciar a infração. Aos demais investigados, é possível somente a celebração de "*plea agreements*". Nesse tipo de acordo, além de confessar a sua participação no ilícito, a empresa deve cooperar ativamente com a investigação a fim de obter reduções que normalmente variam entre 30% e 35% da multa esperada, conforme o valor da colaboração da empresa para o desenvolvimento da investigação. Há situações, porém, em que a redução concedida à primeira empresa que celebrou um "*plea agreement*" chegou a quase 60%, dada a relevância da sua "cooperação exemplar" para a resolução do caso concreto.[4]

IV.2 Da experiência do Cade

33. O Cade celebrou, até o presente momento, quatro TCCs em processos nos quais já havia uma leniência anterior: três realizados no âmbito do PA 08012.010932/2007-18 (Mangueiras Marítimas) e um no âmbito do PA 08012.000820/2009-11 (Compressores).

34. Nos três acordos celebrados no PA 08012.010932/2007-18, as proponentes, além de reconhecerem sua participação no ilícito, comprometeram-se a cooperar com a investigação de forma bastante ampla, obrigando-se a colaborar na análise e interpretação de evidências e a fornecer documentos referentes à conduta investigada. Para a fixação da contribuição pecuniária, utilizou-se um método de escalonamento, mais benéfico aos proponentes conforme a sua ordem de chegada, de forma a tornar mais atraente o

---

[4] HAMMOND, Scott. *Measuring the value of second-in cooperation in corporate plea negotiations*. DOJ, 2006. Disponível em: <www.justice.gov/atr/public/speeches/215514.htm>.

compromisso aos investigados que primeiro se dispuseram a reconhecer sua culpa e a colaborar com as investigações.

35. Já no TCC realizado no PA 08012.000820/2009-11, não se exigiu dos compromissários nenhum tipo de cooperação com a autoridade investigadora, tendo se avaliado na ocasião que eventual colaboração dos proponentes teria valor discutível diante dos elementos já existentes nos autos.

IV.3 Dos parâmetros a serem utilizados na negociação de TCCs antecedidos por leniência

36. A celebração de qualquer acordo por parte da Administração representa geralmente a minoração da penalidade que seria idealmente imposta ao agente econômico, podendo acarretar, em tese, a diminuição do efeito dissuasório da política de combate a condutas anticompetitivas. Tal diminuição da penalização — pontual e circunscrita ao agente celebrador do acordo — só é justificável caso acarrete ganhos significativos em outras pontas da estratégia de repressão a infrações econômicas.

37. Tais ganhos são sentidos de diferentes formas, a depender da espécie de acordo realizado. No instituto da leniência, os benefícios obtidos pela Administração estão principalmente na facilitação da detecção de infrações, além da criação de um elemento de instabilidade no funcionamento de condutas colusivas. Na transação judicial, os ganhos são mais restritos, referentes basicamente ao cumprimento antecipado da decisão do Cade e à extinção dos riscos de sua revisão no Judiciário.

38. O TCC, por sua vez, fornece uma oportunidade mais abrangente para que a Administração e o Representado encontrem uma solução negociada. Assim como a leniência e a transação judicial, o instrumento do TCC deve ser usado de maneira bastante parcimoniosa, de forma a evitar reduções indevidas no efeito dissuasório da política de combate a cartéis.

39. Em processos administrativos relativos a investigações de cartel em que já exista acordo de leniência, tenho que, como forma de maximizar a efetividade oriunda da celebração de TCCs, e ao mesmo tempo evitar um cenário de subpunição para o proponente, a negociação do acordo deve ter como parâmetros básicos (i) a sanção esperada pelo compromissário caso o processo venha a ser julgado e (ii) a otimização na política de combate a cartéis proporcionada pela celebração do compromisso. Tal otimização pode, por sua vez, ser subdividida (ii.a) nos ganhos oriundos da cooperação

oferecida pelo compromissário para a instrução processual em relação aos demais investigados e (ii.b) na economia de recursos e na diminuição de riscos trazidas pela realização do acordo.

40. É inegável que os maiores ganhos de efetividade oriundos da celebração de um TCC advêm de eventual colaboração que o compromissário é capaz de proporcionar para a instrução processual. Tal colaboração — materializada em geral no fornecimento de evidências e/ou esclarecimentos relevantes para a investigação — propicia à Administração maior capacidade de processar e punir todos os agentes infratores, justificando, de um ponto de vista da efetividade da política, certa redução na penalidade que seria idealmente imposta ao compromissário.

41. Ainda quando o proponente não ofereça cooperar com a instrução, a realização de um TCC pode se mostrar interessante para a Administração, seja pela suficiência das evidências já existentes no processo, pela inexistência de outros agentes a serem punidos ou por qualquer outra especificidade do caso concreto. Nessa situação, porém, os ganhos proporcionados pelo acordo à Administração são bastante inferiores, resumindo-se estritamente a economia de recursos e a redução de riscos processuais oriundos do fim precoce do procedimento investigativo em relação ao proponente.

42. Nesse quadro, a fim de estimar os termos de um TCC aceitável, que atenda tanto ao propósito de maximizar a efetividade da política de repressão a cartéis como evite cenários de subpunição, pode-se imaginar um modelo teórico em que a autoridade administrativa, partindo do cálculo da sanção que provavelmente seria aplicada ao proponente no fim do processo, aplique minorações decorrentes ou (i) da colaboração oferecida para a instrução processual ou (ii) das economias processuais proporcionadas pelo acordo.

43. Tal modelo, cuja delineação mais concreta será feita nos próximos itens, volta-se a apresentar uma estimativa racional do valor da contribuição pecuniária a ser exigida de proponentes de TCCs. Ele não se presta, contudo, para avaliar outros itens importantes do acordo, como os termos da cláusula de reconhecimento do ilícito e as condições de pagamento da contribuição, considerando-as constantes no equacionamento dos interesses envolvidos.

IV.3.a Do cálculo da sanção esperada

44. A celebração de um acordo de leniência extingue, do ponto de vista da Administração, a dúvida quanto à existência de um ilícito concorrencial,

além de presumivelmente prover as autoridades com elementos suficientes para a condenação dos envolvidos na conduta. Dessa forma, a negociação de um TCC depois de já haver uma leniência relativa ao caso ocorre num cenário em que (i) a existência de uma conduta infrativa é certa, (ii) há, em princípio, evidências suficientes para processar e condenar os responsáveis e (iii) o proponente deve necessariamente confessar sua participação na conduta investigada.

45. Nesse cenário, não há outra opção para a Administração que não estimar a sanção esperada a partir do cotejo da conduta investigada e delineada nos autos com a jurisprudência relevante do Cade referente a conjunturas fáticas semelhantes, partindo-se do pressuposto que a prática investigada deverá ser objeto de punição similar àquela aplicada pelo Conselho em ocasiões anteriores.

46. Obviamente, essa estimativa não é afetada por qualquer tipo de consideração acerca da possibilidade de absolvição do proponente. Isso porque, sendo certa a existência da infração, e sendo exigido do próprio proponente o reconhecimento da sua participação no ilícito, a redução da sanção esperada com base na possibilidade de o agente ser inocente constituiria notório contrassenso.

47. A realização de tal estimativa não deixa de apresentar suas dificuldades. A uma, porque não existem casos idênticos entre si, havendo sempre em cada processo elementos singulares, que o diferenciam dos demais e que podem se fazer sentir no momento de mensuração da pena. A duas, porque várias propostas de acordo são realizadas antes do fim da instrução processual, o que impede que a autoridade tenha, no momento da análise da proposta, acesso a todos os elementos relevantes para a mensuração da sanção esperada.

48. Tais dificuldades são, contudo, superáveis. A jurisprudência do Cade relativa à condenação de cartéis vem se consolidando nos últimos anos e hoje se enxergam parâmetros mais ou menos estabelecidos para o estabelecimento de penas a colusões *hardcore*, que tendem a variar, conforme elementos específicos do caso, entre 15% e 25% do faturamento bruto auferido pela Representada no ano anterior à instauração do processo administrativo, corrigido pela Taxa Selic.

49. O problema da incerteza oriunda da falta de conhecimento, por parte da Administração, da integralidade dos elementos probatórios relevantes para o caso pode ser endereçado por meio da adoção de uma postura conservadora, isto é, por meio da suposição que os elementos ainda a serem

descobertos no quadro probatório serão desfavoráveis ao proponente. Dessa maneira, impede-se que um investigado utilize-se da assimetria de informação existente no momento de negociação do acordo para garantir um cenário de transação que represente uma subpunição quando comparado ao cenário de condenação.

50. Naturalmente, não se trata aqui de subverter o princípio constitucional da presunção da inocência, que continua a operar em toda sua plenitude, mas apenas de estipular padrões de negociação que impeçam que a celebração de TCCs se torne uma válvula de escape fácil e barata para agentes infratores. Num quadro de assimetria de informação, em que os investigados possuem um conhecimento muito mais preciso sobre quais elementos probatórios virão a ser descobertos durante a instrução, a única forma de a Administração evitar cenários de subpunição na celebração de TCCs é adotar suposições conservadoras, que permitam que o acordo seja justificável — *i.e.* que não represente uma subpunição — mesmo na hipótese de todas as acusações contra o acusado se revelarem verdadeiras.

51. De forma sucinta, as considerações sobre o cálculo da sanção esperada, para fins de celebração de TCC em processos que já contem com acordo de leniência, podem ser assim sintetizadas:

a) o modo mais adequado de se efetuar tal cálculo é por meio da comparação da conduta imputada ao proponente nos autos no momento de propositura do acordo com a decisões condenatórias do Cade referente a situações fáticas semelhantes;
b) deve ser ignorada a hipótese de inocência do Requerente;
c) os elementos ainda não descobertos do conjunto probatório que sejam relevantes para o cálculo da sanção devem ser substituídos por hipóteses conservadoras por parte da Administração.

52. Com tal modelo, pretende-se alcançar a melhor estimativa possível da sanção esperada, tendo como referência os padrões estabelecidos nas decisões condenatórias do Conselho, ao mesmo tempo em que se procura evitar que a assimetria de informação existente opere em benefício do proponente.

53. Note-se que vários fatores relevantes para a análise global da proposta — como a existência ou não de colaboração e o momento de propositura do acordo — não são considerados na estimativa da sanção esperada. Tais elementos devem ser levados em conta apenas em um segundo momento, no cálculo da redução aplicável ao caso concreto.

IV.3.b Do cálculo das reduções

54. Como exposto acima, existem basicamente dois tipos de fatores que ensejam reduções, em favor de um proponente de TCC, sobre a sanção esperada. O primeiro deles refere-se à colaboração prestada pelo proponente para o desenvolvimento da apuração administrativa contra os demais investigados. O segundo é relativo à redução de custos e riscos que a celebração do acordo propicia à Administração em sua atuação repressiva.

IV.3.b.i. Da colaboração para o desenvolvimento da investigação

55. O principal benefício possível de ser alcançado pela Administração na celebração de TCC em um processo que já conte com acordo de leniência é a obtenção de novos elementos probatórios, que complementem o conjunto de evidências existente contra os demais investigados. Estas novas evidências constituem o que a Comissão Europeia denomina "valor acrescentado significativo", determinante central para cálculo da redução que será concedida aos investigados interessados na celebração de acordos.

56. No Brasil, exemplos de TCCs que procuraram viabilizar a colaboração dos Compromissários no desenvolvimento das investigações foram aqueles firmados com Bridgestone Corporation, Manuli Rubber Industries e Trelleborg Industrie SAS no processo administrativo relativo ao chamado "Cartel das Mangueiras Marítimas". Nestes três acordos, as Requerentes comprometeram-se a colaborar com a instrução processual realizada pela SDE por meio do auxílio com a análise e interpretação de evidências obtidas durante a investigação, da apresentação de correspondências relativas à conduta em questão e da realização de tradução juramentada de todos os documentos que o Cade e/ou a SDE entendessem ser relevantes para a investigação em curso.

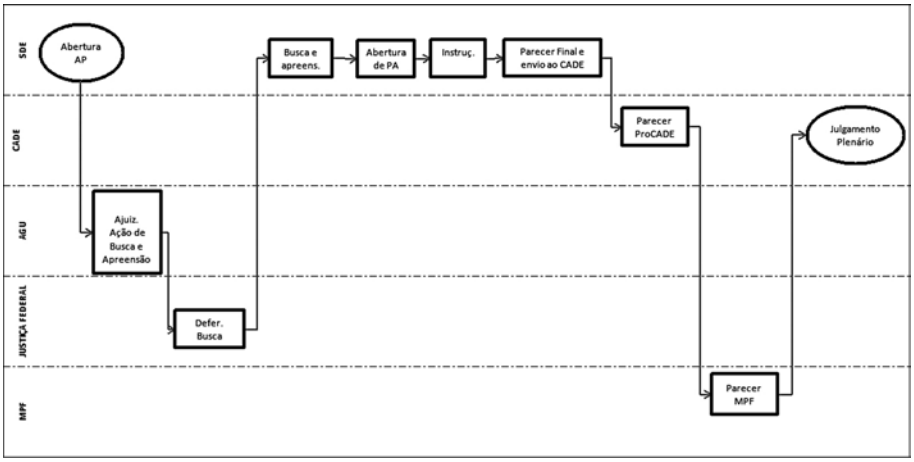
57. A presença de colaboração com a investigação por parte do compromissário constitui certamente o principal fator de redução a ser considerado na análise de uma proposta de acordo, já que permite um aumento exponencial da capacidade investigativa da Administração, facilitando a punição de todos os agentes envolvidos na conduta.

58. Obviamente, o valor da colaboração prestada pelo compromissário deve ser auferido caso a caso, conforme a sua relevância para o deslinde efetivo da investigação em questão. Não resta dúvida, porém, que tal colaboração

constitui o principal elemento capaz de justificar uma redução substancial a ser aplicada sobre o valor da sanção esperada pelo proponente.

IV.3.b.ii. Da economia de recursos e redução de riscos

59. A condução de investigações antitruste constitui uma atividade complexa que demanda recursos de diferentes agentes públicos até que seja imposta uma penalidade adequada aos agentes responsáveis. A figura abaixo procura retratar as várias fases possíveis da persecução administrativa às infrações à ordem econômica na legislação brasileira, conforme estabelecido na Lei 8.884/94.



60. A conclusão do processo no âmbito do SBDC não representa, contudo, o fim da ação da Administração na persecução das infrações à ordem econômica, já que existe a possibilidade de revisão das decisões administrativas condenatórias pelo Judiciário.

61. O exame do andamento e do desfecho dos questionamentos judiciais das decisões do Cade em casos de cartel revela que, apesar do altíssimo índice de manutenção das condenações impostas por este Conselho a empresas infratoras, a contestação no Judiciário representa um sério obstáculo à efetividade da penalização antitruste no Brasil, dados os longuíssimos prazos que litígios judiciais podem durar no país.

62. Nesse contexto, não há dúvida que a celebração de TCCs pode ter o efeito benéfico de reduzir os custos incorridos pela Administração para a penalização do Requerente, diminuindo os gastos efetuados por todo o SBDC na imposição de sanção ao proponente e liberando recursos do Sistema para a persecução de outras condutas.

63. Obviamente, quanto mais cedo for celebrado o compromisso, maior será a economia de recursos administrativos por ele proporcionada, o que deve se refletir na redução concedida pela Administração sobre a sanção esperada pelo proponente. Assim, propostas submetidas em etapas iniciais da investigação devem fazer jus a uma redução mais substancial do que aquelas apresentadas ao final do processo administrativo.

64. Ainda que a celebração de TCCs possa diminuir os custos e riscos da Administração no exercício de sua atividade punitiva, deve-se atentar para o fato de que as reduções relativas a tais economias devem ser substancialmente inferiores àquelas concedidas como contrapartida à colaboração efetiva do proponente no desenvolvimento da instrução processual contra os demais investigados.

65. Isso porque as reduções de custos decorrentes da celebração de compromisso com um investigado representam uma economia marginal de recursos administrativos, dado que a investigação prosseguirá normalmente contra os demais representados e continuará a consumir recursos públicos. Por outro lado, a cooperação efetiva do Compromissário com a instrução tem a capacidade de facilitar enormemente a punição adequada dos demais infratores, constituindo elemento de negociação de alto valor do ponto de vista da Administração.

V. Negociação de propostas de TCC em processos sem acordo de leniência

66. Propostas de TCC apresentadas no âmbito de processos administrativos em que não tenha sido celebrado acordo de leniência representam um desafio particular para o Cade, já que neste caso não se tem informação mais precisa acerca da configuração da infração e da responsabilidade dos acusados.

V.1 Da experiência do Cade

67. Até hoje, foram celebrados pelo Cade três TCCs em processos de investigação de cartéis nos quais inexistia leniência anterior. Tais compromissos foram realizados com a JBS S.A. (PA n. 08012.002493/2005-16), com a Lafarge Brasil S.A. (PA n. 08012.011142/2006-79) e com a Alcan Embalagens Ltda. (PA n. 08012.004674/2006-50).

68. Nestes três TCCs, previu-se basicamente o recolhimento de contribuições pecuniárias por parte dos compromissários, além de se estabelecer a obrigação de cessação da conduta investigada nos respectivos processos administrativos.

V.2 Da (des)necessidade de reconhecimento de participação no ilícito

69. Debate comum no âmbito de propostas de compromisso não antecedidas por uma leniência diz respeito à necessidade ou não de o Requerente reconhecer sua participação no suposto ilícito.

70. Nos três acordos celebrados pelo Cade nessas circunstâncias, não houve admissão de culpa ou reconhecimento dos fatos por parte dos compromissários. A votação dos referidos compromissos não se deu, contudo, de forma unânime, havendo vozes no Conselho que se levantaram para defender a necessidade de que os compromissários reconhecessem sua participação na conduta investigada.

71. A ex-Presidente Elizabeth Farina, por exemplo, afirmou, no julgamento da homologação do TCC proposto pela Alcan Embalagens, que a exigência de reconhecimento do ilícito seria necessária para que os efeitos dissuasórios do compromisso fossem preservados e para que o programa de leniência continuasse a constituir uma alternativa superior para o investigado quando comparado com a celebração de um TCC. Sobre o tema, aduziu a ex-Presidente:

> Se, face à exigência de reconhecimento da culpa, os acordos não forem de interesse do administrado e, portanto, se nenhum acordo for proposto, essa será a melhor solução para a administração pública também.

> O Brasil tem uma experiência ainda incipiente na condenação de cartéis e só recentemente as multas têm sido elevadas, o que pode ser insuficiente para tornar os custos de uma condenação mais previsíveis e críveis junto aos administrados, a ponto de gerar a dissuasão da prática, principal objetivo. Nesse caso, é melhor que não se tenha qualquer acordo, e que a administração pública siga em frente na investigação e condenação de cartéis.[5]

72. A SDE também formalizou, em diferentes ocasiões, o entendimento que o reconhecimento de participação no ilícito seria elemento essencial de TCCs firmados no âmbito de investigações de cartéis. No documento intitulado *Política da SDE para Termo de Compromisso de Cessação de prática em Cartel*,[6] lê-se:

> Nesse contexto, emerge a importância de não se firmar TCCs que resultem na subpunição do investigado pela prática de cartel clássico, o que poderia tornar o TCC uma opção mais atraente do que o Acordo de Leniência. Nesse cenário, uma empresa participante de um cartel teria fortes incentivos para continuar a prática ilícita e, na eventualidade de o Poder Público detectar a conduta por investigação própria e obter provas suficientes para sua condenação, celebrar, no início do processo, momento no qual não foi realizada instrução probatória, um TCC sem reconhecimento de participação na prática e sem exigência de colaboração ativa com as investigações. O investigado assim se furtaria, naturalmente, de suas demais responsabilidades perante a sociedade pela prática de cartel, entre elas a indenização perante terceiros prejudicados pelo cartel.
>
> Por estas razões, a SDE entende que, nos casos de cartéis clássicos com prova direta, uma abordagem integrada quanto aos incentivos proporcionados em conjunto pelo Programa de Leniência e pelo TCC somente atende o interesse público se houver a exigência de reconhecimento de participação na prática por parte do proponente.

---

5 Requerimento n. 08700.005281/2007-96, julgado na 426ª Sessão Ordinária, realizada em 23/7/2008.

6 Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ9F537202ITEMID597B15F35E7043448D2E1D00D14E5804PTBRIE.htm>.

73. Por fim, há que se notar o posicionamento semelhante do MPF, que se fundamenta no interesse dos consumidores para defender a exigência de reconhecimento de culpa no âmbito de TCCs:

> [...] quando se fala em defesa dos consumidores, não se pode pensar apenas em medidas de prevenção e repressão. Nessa expressão incluem-se também medidas de reparação. Tanto isso é verdade que a Lei n. 8884 tem o art. 29, que disciplina a ação civil para defesa de interesses individuais homogêneos e recebimento de indenização por perdas e danos, para a qual o próprio Cade está legitimado.
>
> Em resumo, é papel do Cade também adotar medidas que facilitem a reparação dos danos causados a agentes econômicos e/ou consumidores por condutas anticoncorrenciais de empresas, notadamente a de formação de cartel que implique em divisão de mercado e combinação de preços.
>
> Por isso é que o MPF sustenta que, de regra, uma das condições para o Cade firmar TCC em processo administrativo é a admissão de culpa pela empresa proponente. Isso para que seja aberta a possibilidade futura de ação no âmbito cível, de modo a que os consumidores lesados possam ser ressarcidos dos danos decorrentes da conduta ilícita do mau empresário.[7]

74. Do exposto, vê-se que há três preocupações centrais que fundamentam o entendimento — até agora minoritário no Conselho — de que só deveriam ser celebrados TCCs com agentes investigados por condutas colusivas quando estes estivessem dispostos a reconhecer sua participação no ilícito:

a) garantir o caráter dissuasório do compromisso;

b) preservar o programa de leniência;

c) facilitar a reparação dos danos sofridos pelos consumidores.

75. Apesar de reconhecer como relevantes tais preocupações, não tenho que elas levem necessariamente à conclusão, na atual conjuntura da política brasileira de combate a cartéis, pela inaceitabilidade de TCCs sem reconhecimento de culpa por parte do proponente.

---

[7] Parecer MPF/Cade n. 65/2008, referente ao Requerimento n. 08700.005281/2007-96, julgado na 426ª Sessão Ordinária, realizada em 23/7/2008.

76. Quanto à primeira preocupação, deve-se notar que as sanções administrativas constituem hoje o principal instrumento dissuasório no direito antitruste brasileiro. Apesar da possível incidência de tipos penais sobre condutas anticoncorrenciais e da possibilidade de pedidos de reparação civil dos danos privados decorrentes de infrações à ordem econômica, é inegável que a maior parte da capacidade dissuasória da política nacional de defesa da concorrência encontra-se na esfera do direito administrativo sancionador, cuja aplicação incumbe ao Cade.

77. Como forma de viabilizar o controle repressivo de infrações concorrenciais, a legislação brasileira sujeita os agentes infratores a diferentes penalidades administrativas a serem impostas pelo Cade. As principais dessas penas correspondem a obrigações de dar (recolhimento de multa) e obrigações de não fazer (cessação da conduta ilícita).

78. Dessa forma, não é difícil se visualizar TCCs que, estabelecendo para os compromissários obrigações de dar e não fazer análogas àquelas que seriam impostas por uma decisão condenatória, representem, em linhas gerais, uma antecipação de cenários futuros de condenação, preservando o poder dissuasório da atuação repressiva estatal. Para tanto, basta que na negociação de compromissos sejam adotados parâmetros rigorosos, capazes de evitar a configuração de situações de subpunição.

79. Aqui cabe notar que o diploma antitruste brasileiro prevê a possibilidade de aplicação de penas administrativas bastante severas a infrações à ordem econômica, quando comparado a legislações análogas de outras jurisdições. O Regramento (CE) n. 1/2003 do Conselho da União Europeia 2002, por exemplo, limita as multas aplicáveis pela Comissão a 10% do faturamento global obtido pelos infratores no ano anterior.[8] Tal limite é replicado nos ordenamentos de diferentes países europeus. Nesse sentido, é fácil conceber, a partir da aplicação da jurisprudência recente do Cade e dos pressupostos de negociação discutidos no presente voto, cenários de compromissos que atribuam ao proponente, pela via negocial, obrigações mais severas do que aquelas que seriam impostas por decisões condenatórias de outras autoridades antitruste com experiência no combate a cartéis.

80. A segunda preocupação, relativa à necessidade de preservação do programa de leniência, também pode ser endereçada por meio da

---

[8] Regramento (CE) n. 1/2003, artigo 23, n. 2: *A coima aplicada a cada uma das empresas ou associações de empresas que tenha participado na infração não deve exceder 10% do respectivo volume de negócios total realizado durante o exercício precedente.*

adoção de critérios conservadores pela Administração para a realização de acordos. Tal postura, que leva à aceitação de TCCs apenas quando eles previrem obrigações análogas àquelas que seriam impostas numa eventual condenação, é suficiente para impedir que o caminho do compromisso afete negativamente a demanda pelo programa de leniência, já que este prevê a concessão de imunidade total — nas esferas administrativa e penal — aos seus beneficiários, representando claramente uma situação bastante vantajosa em relação a um acordo que consiste na antecipação da decisão condenatória e que deixa aberta a possibilidade de o compromissário vir a ser perseguido penalmente no futuro.

81. Observo, ainda, que a questão da desnecessidade da admissão de culpa em processos nos quais inexista leniência anterior já foi enfrentada de forma bastante elucidativa pelo Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo no julgamento do Requerimento n. 08700.004992/2007-43. Como bem demonstrou o Cons. Furquim, oferecer um único desenho de compromisso aos investigados, exigindo-se deles sempre a confissão de culpa, representa uma clara subutilização do instituto do TCC, já que impossibilita a realização de acordos com partes que têm custos excessivamente altos relacionados à admissão do ilícito, mas que estão dispostas a cumprir com as demais obrigações que seriam impostas por uma decisão condenatória do Cade.

82. Por fim, tenho que a facilitação da reparação dos danos privados decorrentes de infrações concorrenciais não representa um dos objetivos imediatos da atuação repressiva deste Conselho, ainda que seja um de seus possíveis desdobramentos. Aqui se deve notar que, nos vinte anos de vida do atual regramento antitruste, a busca privada de reparação por danos decorrentes de infrações à ordem econômica foi muito tímida, para não dizer quase inexistente. É desnecessário lembrar que a celebração de compromissos não impede, por óbvio, que eventuais prejudicados intentem ações de reparação contra os supostos infratores, o que também pode ser feito pelo próprio Ministério Público, por meio do ajuizamento de ação civil pública.

83. Assim, não parece razoável hoje impedir a celebração de compromissos que se mostrem interessantes do ponto de vista da otimização do trabalho da Administração na apuração e dissuasão de ilícitos concorrenciais apenas porque haveria a possibilidade de que, num futuro remoto, algum agente prejudicado pelo suposto infrator poderia vir a ser eventualmente beneficiado por uma decisão condenatória do Cade na busca da reparação dos seus danos privados.

84. Do exposto, conclui-se que nenhuma das três preocupações usualmente levantadas contra a celebração de TCCs sem reconhecimento do ilícito por parte dos representados constitui óbice insuperável no atual cenário da política brasileira de combate a cartéis. Enfrentada adequadamente a possibilidade de subpunição, e constatado que a realização do compromisso proposto otimiza a atividade repressiva da Administração, não há razão para que um acordo nesses termos não venha a ser aceito.

V.3 Dos parâmetros a serem utilizados na negociação de TCCs não antecedidos por leniência

85. Em casos em que não haja leniência, inexiste, a princípio, certeza para a Administração da ocorrência de um ilícito e da participação do proponente em uma conduta infrativa. Nesse quadro, a fim de fazer valer o proposto no item V.3, o Cade deve utilizar algum modelo que permita estimar a sanção que possivelmente seria aplicada no futuro ao proponente. Para tanto, diferentes exercícios são imagináveis. Uma abordagem possível foi a utilizada pelo ilustre ex-Conselheiro Luis Fernando Schuartz, no julgamento de requerimento para celebração de TCC no Processo Administrativo n. 08012.002493/2005-16:

> 10. A sanção esperada associada a uma conduta em investigação no âmbito do SBDC é, no presente contexto, definida como sendo igual ao somatório das sanções em princípio mais prováveis para o tipo da conduta, multiplicadas pela probabilidade da sua aplicação à representada proponente do acordo, dado o conjunto probatório disponível com relação à mesma. [...]
>
> 11. No cálculo do valor da sanção esperada, os referidos percentuais aparecem enquanto os "estados da natureza" que deverão ser, então, em um segundo momento, multiplicados por suas respectivas probabilidades de realização no caso concreto dados os elementos de prova à disposição da autoridade decisória. Diferentemente das "probabilidades" que se encontram implícitas na determinação das sanções "em princípio mais prováveis" para o tipo de conduta sob investigação no processo, os juízos de probabilidade envolvidos neste segundo momento da análise mensuram as chances de aplicação de cada uma das sanções relevantes. Para ficar no exemplo dos três estados da natureza correspondentes às sanções de 0%, 15% e 20%, poder-se-ia

> pensar numa probabilidade de 20% de aplicação de uma sanção de 20%; 60% de probabilidade de aplicação de uma sanção de 15%; e, posto que a soma das probabilidades deve ser igual a um, 20% de probabilidade de aplicação de uma "sanção" de 0% do faturamento bruto da empresa considerada. A sanção esperada, neste exemplo, seria igual a uma multa pecuniária de 20%.(0,2) + 15%.(0,6) + 0%.(0,2) = 13% do referido faturamento bruto. Noutras palavras, a sanção esperada é a média ponderada das sanções percebidas, em abstrato, enquanto mais prováveis para a espécie de infração, com os pesos sendo fornecidos pelas probabilidades de aplicação, em concreto, de cada uma dessas sanções.

86. Ainda que a solução apresentada pelo ex-Conselheiro Schuartz seja interessante do ponto de vista teórico, sua aplicação à vida prática apresenta sérias dificuldades, dentre as quais talvez a mais óbvia seja a mensuração das chances de aplicação de cada uma das sanções relevantes em seu "estado de natureza".

87. Além do mais, tal solução inclui na estimativa da sanção esperada a probabilidade de a proponente ser inocente, o que pode levar a cenários de acordo que configurem situações de subpunição quando comparados à alternativa de imposição de penas via decisão condenatória, já que aos agentes infratores estaria sendo concedida uma redução indevida em sua penalização.

88. A fim de evitar tal risco, tenho que o cálculo da sanção deve desconsiderar a possibilidade de o proponente não ser responsável pelas condutas a ele imputadas. Isto é, ao contrário do proposto pelo ex-Conselheiro Schuartz, não se deve atribuir nenhum peso à possibilidade de o proponente não vir a ser condenado pelas práticas das quais é acusado no procedimento em questão.

89. Descartada a atribuição de qualquer valor à possibilidade de o agente não vir a ser responsabilizado pela conduta que lhe é imputada, pode-se aplicar, à negociação de TCCs não precedidos por acordos de leniência, parâmetros semelhantes àqueles desenvolvidos no item IV.3 acima. Assim, também em propostas de TCCs realizadas no âmbito de processos em que inexista acordo de leniência, deve-se partir do pressuposto que a prática imputada ao proponente será objeto de punição análoga àquelas impostas a condutas similares em procedimentos anteriores, devendo ser desconsiderada qualquer alegação concernente à inocência do proponente.

90. Isso significa que, em uma negociação de TCC não precedido por leniência, a posição da Administração é dada, mais uma vez, pela estimativa da sanção esperada pelo proponente a partir do cotejo entre a conduta que lhe é imputada e a jurisprudência relevante do Cade. Sobre tal estimativa, devem incidir reduções estritamente ligadas à otimização da política de combate a cartéis proporcionada pelo compromisso no caso concreto, seja por meio da cooperação do compromissário com a instrução, seja pela economia de recursos administrativos.

91. Tal postura deve ser adotada pela Administração mesmo em investigações nas quais reconhecidamente ainda não existam evidências contra o proponente. A depender do momento em que o investigado escolhe para apresentar sua proposta, o conhecimento que a autoridade antitruste possui sobre a conduta em questão pode ser ínfimo. Não se deve, contudo, permitir que a assimetria de informação aí existente seja utilizada pelos investigados para a obtenção indevida de reduções nas obrigações a serem assumidas por meio do TCC, o que geraria incentivos para a apresentação prematura de propostas, com o único intuito de obtenção de descontos baseados na ignorância momentânea da autoridade sobre a prática investigada. Em tal situação, a descoberta posterior de evidências que aumentassem o grau de reprovabilidade da conduta investigada acabaria por demonstrar que a celebração do acordo representou uma subpunição para o investigado, retirando a credibilidade da política de combate a infrações concorrenciais.

92. Cabe observar novamente que tal posicionamento não fere nem afeta de qualquer maneira o princípio da presunção da inocência, que continua a operar ao longo de todo o processo. Ele apenas reflete o entendimento de que não é conveniente e oportuno para a Administração celebrar, em processos de investigação de cartéis, compromissos que não se fundamentem na pressuposição de que o proponente virá a ser condenado pela prática da qual é acusado, caso o feito chegue a julgamento.

93. Com efeito, na investigação de cartéis clássicos, conduta na qual a ilicitude é certa e a condenação dos investigados depende unicamente da prova de sua participação no conluio, o caráter repressivo da atuação administrativa mostra-se em sua forma mais evidente, inexistindo outras preocupações que não a de impor penalidades adequadas aos responsáveis, de forma a dissuadir a adoção de condutas colusivas por agentes econômicos.[9]

---

[9] Na investigação de outros tipos de condutas, podem se fazer presentes para a autoridade antitruste preocupações que não apenas a dissuasão da prática, como, por exemplo, a restauração

94. Em tais investigações, o interesse da Administração é duplo: se, por um lado, almeja-se penalizar todos os envolvidos no ilícito, por outro busca-se garantir que agentes inocentes sejam reconhecidos como tal, não recebendo obviamente qualquer tipo de penalização.

95. Nessas condições, a única estratégia possível de ser adotada pela Administração na negociação de TCCs é descartar a possibilidade de o proponente não vir a ser futuramente responsabilizado pela prática que lhe é imputada, condicionando a celebração de compromissos à atribuição de obrigações análogas àquelas que seriam impostas por uma decisão condenatória. A negociação de compromissos que não partissem de tal pressuposto seria um claro contrassenso com o duplo interesse da Administração em sua atividade repressiva, já que se poderia estar indevidamente atribuindo obrigações a agentes que não deveriam ser penalizados.

96. Note-se, mais uma vez, que não se trata, nesse momento de negociação, de elaborar qualquer juízo de mérito sobre as condutas investigadas, o que só ocorrerá caso o processo administrativo venha a ser futuramente julgado, quando então serão discutidas a caracterização ou não da conduta, sua possível ilicitude e a eventual participação dos acusados na prática. Como já ressaltado anteriormente, o que se busca aqui é apenas estabelecer padrões racionais de atuação que permitam à Administração utilizar da melhor forma possível os instrumentos negociais existentes no arcabouço normativo vigente.

97. A conclusão do exposto é que, em propostas de TCC realizadas em processo nos quais inexiste acordo de leniência, deve o Cade adotar uma postura rígida de negociação, mesmo nos casos em que reconhecidamente não haja, no momento de propositura do acordo, evidências contra o proponente. Tal postura deve ser concretizada pela replicação dos critérios expostos acima no item IV.3, isto é, pelo cálculo da sanção esperada com base na conduta imputada ao proponente e pela concessão de reduções sobre tal sanção apenas com base (i) na colaboração prestada pelo compromissário para o desenvolvimento da investigação em relação aos demais acusados e (ii) pela economia de custos de carregamento do processo e/ou redução dos riscos de revisão judicial.

---

ou a criação de condições de mercado mais propícias à concorrência. Compromissos firmados recentemente pelo Cade, como aqueles realizados com Visa International, Visa do Brasil e Companhia Brasileira de Meios de Pagamento — Cielo (Requerimentos n. 08700.003240/2009-27 e 08700.003900/2009-70), com o Clube dos Treze (Requerimento n.08700.005060/2010-13) e com a Companhia de Bebida das Américas — Ambev (Requerimento n. 08700.001238/2010-57) refletem esse segundo tipo de preocupação.

VI. Da análise da proposta da Politec

VI.1 Da descrição da proposta

98. A proposta apresentada pelos Requerentes dá-se no âmbito da Averiguação Preliminar nº 08012.003021/2005-72, instaurada pela SDE em 6/2/3009 após o recebimento de denúncias relativas a comportamentos suspeitos de empresas atuantes no mercado de fornecimento de serviços de tecnologia da informação para órgãos públicos federais em Brasília/DF.

99. Referida averiguação encontra-se ainda em seu estágio inicial, não tendo sequer sido convertida em processo administrativo, já que o material arrecadado em operações de busca e apreensão conduzidas pela SDE ainda não foi deslacrado, devido a uma série de disputas judiciais promovidas pelos agentes investigados.

100. A Averiguação Preliminar nº 08012.003021/2005-72 não conta com nenhum beneficiário do programa de leniência. Dessa forma, a proposta dos Requerentes será analisada à luz dos pressupostos expostos no item V acima.

VI.1.a Da inexistência de reconhecimento do ilícito

101. A cláusula 1.2 estabelece que a celebração do TCC proposto não implica confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento das condutas investigadas na Averiguação Preliminar nº 08012.003021/2005-72.

102. O tema da necessidade ou não da presença de algum tipo de confissão em TCCs propostos em processos nos quais inexiste acordo de leniência foi discutido mais detalhadamente na seção V.2, na qual se concluiu que, no estágio atual da política brasileira de combate a cartéis, tal elemento não se mostra indispensável à realização de acordos por parte do Cade, desde que estejam presentes outros elementos que garantam o caráter dissuasório do compromisso.

103. No caso sob exame, a conclusão pela prescindibilidade da confissão é reforçada por duas circunstâncias adicionais. Primeiramente, como indicou a SDE em seu parecer, não há até o momento prova direta do envolvimento dos Requerentes nas condutas investigadas. Tal elemento é relevante porque fez com que a Secretaria não exigisse, no presente feito, que os Requerentes reconhecessem sua participação nas práticas averiguadas, seguindo

o preceituado na *Política da SDE para Termos de Compromisso de Cessação de Prática em Cartel.*[10]

104. A segunda circunstância relevante é que, tratando a Averiguação Preliminar nº 08012.003021/2005-72 do setor de licitações públicas, os incentivos existentes na atual legislação para o surgimento de interessados na realização de acordo de leniência são bastante diminutos, dado que a celebração de leniência extingue a punibilidade apenas dos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei n. 8.137/90, e não dos crimes previstos na legislação específica (Lei n. 8.666/96). Dessa forma, é difícil se visualizar em casos como o ora analisado maiores preocupações com a preservação do programa de leniência, um dos principais motivos em geral levantados para se defender a necessidade de admissão do ilícito em sede de TCC.

VI.1.b Da contribuição pecuniária a ser recolhida pelos Compromissários

105. A cláusula 2.1 da proposta estabelece que os Compromissários recolherão ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos contribuição pecuniária no valor de R$ 30.900.000,00 (trinta milhões e novecentos mil reais), dos quais **[CONFIDENCIAL]** serão recolhidos pela **Politec** e **[CONFIDENCIAL]** serão recolhidos por **Hélio Oliveira**.

106. Algumas observações devem ser feitas sobre tais valores.

107. Conforme a legislação vigente (Lei 9.061/95, art. 11), as multas impostas pelo Cade a empresas responsáveis por infrações à ordem econômica devem ter como base o faturamento da empresa no exercício anterior ao da instauração do processo administrativo. Como no presente caso o processo administrativo ainda não foi instaurado, utilizou-se como base de cálculo o faturamento auferido pela **Politec** em 2009 — no valor aproximado de **[CONFIDENCIAL]** — já que este era, durante o transcurso das negociações, a melhor aproximação possível do critério legal.

108. A contribuição pecuniária a ser recolhida pela **Politec** corresponde a aproximadamente **[CONFIDENCIAL]** do faturamento atualizado obtido pela empresa, no ano de 2009, no mercado investigado pela SDE na Averiguação

---

[10] Referido documento prevê que a SDE exigirá o reconhecimento da participação no ilícito, em casos de investigações de cartéis clássicos sem Acordo de Leniência, quando houver prova direta contra o proponente.

Preliminar nº 08012.003021/2005-72. Em relação ao faturamento total da empresa atualizado, a contribuição prevista corresponde a aproximadamente **[CONFIDENCIAL]**.

109. Com relação à contribuição pecuniária de responsabilidade exclusiva de **Hélio Oliveira**, utilizou-se como orientação para o seu cálculo posicionamentos recentes do Plenário do Cade relativos à proporcionalidade entre a multa ou a contribuição devida pelas empresas investigadas e os valores aplicáveis às pessoas físicas investigadas. Os quadros abaixo indicam as relações de proporcionalidade entre os valores devidos pela empresa e por seu administrador estabelecidas em decisões recentes do Conselho, tanto na hipótese de celebração de TCC como no cenário de condenação por cartel, comparando-as com o critério adotado na presente proposta.

Tabela I

Comparação entre proposta examinada e TCC Whirlpool

Procedimento Administrativo	Req .08700.002709/2010-44 (**Politec**)	Req. 08700.001369/2009-09 (Whirlpool)
Contribuição Pessoa Física (1)	**[CONFIDENCIAL]**	**[CONFIDENCIAL]**
Contribuição Pessoa Jurídica (2)	**[CONFIDENCIAL]**	R$ 100.000.000
Relação Proporcional (1/2)	**[CONFIDENCIAL]**	**[CONFIDENCIAL]**

Tabela II

Comparação entre proposta examinada e condenação White Martins

Procedimento Administrativo	Req .08700.002709/2010-44 (**Politec**)	08012.009888/2003-70 (White Martins)
Contribuição/Multa Pessoa Física (1)	**[CONFIDENCIAL]**	4.437.399,68
Contribuição/Multa Pessoa Jurídica (2)	**[CONFIDENCIAL]**	2.218.699.838,45
Relação Proporcional (1/2)	**[CONFIDENCIAL]**	0,02%

110. As contribuições pecuniárias previstas para os Requerentes representam valores substanciais. A contribuição pecuniária da **Politec** representa, em termos absolutos, a terceira maior da história do Cade, sendo que as duas

que lhe são superiores (Whirlpool e Lafarge) são de responsabilidade de empresas integrantes de grupos internacionais de porte notadamente superior ao da ora proponente. Quando comparada às condenações já aplicadas pelo Cade a cartéis, também resta clara a magnitude da contribuição a ser recolhida pela proponente: em apenas um processo — no chamado "cartel dos gases" — foram aplicadas multas de valor superior ao estipulado como contribuição pecuniária na proposta dos Requerentes.

VI.1.c Da colaboração dos Compromissários com as investigações

111. Pela proposta apresentada, os Requerentes submetem-se a uma série de obrigações de colaboração com a investigação conduzida pela SDE no mercado de licitações para contratação de serviços de tecnologia da informação no Distrito Federal.

112. Na cláusula 2.2.1, a **Politec** compromete-se a desistir de diferentes recursos que conjuntamente impedem hoje a abertura do material apreendido pela SDE na busca e apreensão. Assim, a celebração do acordo permitirá à SDE ter acesso à documentação apreendida há quase dois anos, que até o presente momento permanece lacrada em razão de uma sucessão de recursos judiciais, situação esta que constituía uma das principais preocupações da Secretaria no presente feito, como se extrai do seu parecer inicial:

> [...] a investigação do suposto cartel em licitações para a contratação de serviços de tecnologia da informação no Distrito Federal, alvo da Averiguação Preliminar n. 08012.003021/2005-72, encontra-se obstada por decisão judicial, prolatada nos autos da Reclamação proposta pela Requerente junto ao Supremo Tribunal Federal, que impede o deslacre e a consequente análise de documentos e materiais eletrônicos arrecadados nas diligências de busca e apreensão.
>
> [...]
>
> O histórico de utilização de estratégias judiciais pelas Representadas, inclusive pela Requerente, exige que sejam fixadas obrigações, no âmbito do TCC, que garantam a integralidade das diligências empreendidas pela SDE, de forma a preservar a continuidade da investigação com as demais Representadas.

113. A cláusula 2.2.3 complementa o disposto na cláusula 2.2.1, estabelecendo a renúncia, por parte dos Requerentes, ao direito de contestação administrativa e judicial da ação de busca e apreensão.[11] Dessa forma, fica atendida a preocupação externada pela SDE de viabilizar a proposta de TCC como um veículo de garantia de continuidade da investigação.

114. Vale notar, ainda, que a proposta ora analisada prevê, ao contrário dos outros acordos firmados em processos no quais inexistia leniência (TCCs Lafarge, Alcan e Friboi), uma cooperação por parte da Requerente Pessoa Jurídica com a instrução processual, conforme previsto no Anexo II da proposta. Com efeito, as sugestões realizadas pela SDE em seu parecer inicial relativas à colaboração com a instrução foram em grande parte atendidas pela proposta final dos Requerentes. Instada a se manifestar sobre a questão, afirmou a SDE expressamente que:

> [...] as obrigações de contribuição com a investigação propostas pela Requerente Politec Tecnologia da Informação S.A. poderão auxiliar esta Secretaria de Direito Econômico na investigação dos fatos apurados na Averiguação Preliminar n. 08012.003021/2005-72.

VI.1.d Da obrigação de cessação da suposta conduta anticompetitiva e do descumprimento do compromisso

115. Na cláusula 2.3, os Requerentes comprometem-se a se abster de praticar qualquer das condutas investigadas na Averiguação Preliminar conduzida pela SDE. Atende-se, deste modo, ao objetivo primeiro do instituto do TCC, que é fazer cessar a prática investigada.

116. A cláusula quinta regula, em atendimento ao art. 53, §1º, inc. II da Lei 8.884/94, as hipóteses de descumprimento do compromisso, procurando fazê-lo de forma proporcional em face aos diferentes cenários possíveis de inadimplência por parte dos Requerentes. Dessa forma, no caso de atraso injustificado de até 90 dias no recolhimento das parcelas das contribuições pecuniárias, incidirão sobre a parcela devida juros de 2,5% por mês. Caso o

---

[11] Cabe ressaltar que a renúncia ao direito de contestação estabelecido na cláusula 2.2.3 limita-se ao âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A racionalidade de tal limitação já foi muito bem explicada pelo Conselheiro Carlo Ragazzo no julgamento do Requerimento nº 08700.001369/2009-09.

prazo de 90 dias seja ultrapassado, além da declaração do descumprimento integral do Compromisso, incidirão multas no valor de 100 mil UFIR para a Compromissária Pessoa Jurídica e 20 mil UFIR para a Compromissária Pessoa Física.

VI.1.e Do prazo de vigência e da suspensão e arquivamento da Averiguação Preliminar

117. A Cláusula Quarta estabelece que o Compromisso terá prazo de vigência de 72 (setenta e dois) meses, contados a partir da data de assinatura do acordo, ou, em relação a cada um dos Requerentes, até o integral cumprimento das respectivas obrigações, o que ocorrer primeiro.

118. Durante tal período, a Averiguação Preliminar nº 08012.003021/2005-72 ficará suspensa em relação aos Requerentes, conforme prevê a Cláusula Terceira.

119. Encerrado o prazo de vigência e constatado o correto cumprimento de todas as obrigações pelos Requerentes, deverá a referida Averiguação ser arquivada, como dispõe a Cláusula 6.1, que reflete o art. 53, §5º do diploma antitruste.

VI.1.f Da preservação de sigilo

120. Constam da proposta de compromisso dois anexos, cujo sigilo os Requerentes pretendem que seja mantido perante terceiros.

121. O primeiro anexo discrimina os valores das contribuições pecuniárias que cada um dos Requerentes deverá recolher, além de estabelecer as condições de pagamento. O segundo define o formato da colaboração a ser prestada pela **Politec** com a instrução da Averiguação Preliminar nº 08012.003021/2005-72.

122. A manutenção da confidencialidade do Anexo I justifica-se pela necessidade de se evitar a exposição do Requerente Pessoa Física, oriunda da eventual divulgação da contribuição pecuniária que deverá ser por ele recolhida. Noto que em julgamento anterior, quando da homologação do Requerimento n. 08700.001369/2009-09, de relatoria do Cons. Carlos Ragazzo, já se concluiu pela conveniência de se preservar o sigilo desse tipo de informação.

123. Quanto à preservação do sigilo do Anexo II, tenho que tal medida mostra-se necessária para garantir a efetividade da colaboração a ser fornecida pela **Politec** com a instrução promovida pela SDE, configurando também hipótese passível de enquadramento no art. 44, XIV do Regimento Interno do Cade.

124. Noto, por fim, que devem ser mantidos em sigilo os percentuais específicos relativos à contribuição a ser paga pela **Politec**, que se revelados permitirão o cálculo do faturamento global da empresa e da sua participação no mercado, informação de caráter privado da empresa e cuja confidencialidade é garantida pelo art. 44, VI e X do Ricade.

VI.2 Da legalidade da proposta

125. A proposta submetida pelos Requerentes atende aos requisitos de legalidade previstos no arcabouço legal e infralegal relativo à celebração de termos de compromisso de cessação, uma vez que:

a) os Requerentes se obrigaram a cessar as práticas investigadas;
b) há previsão de recolhimento de contribuição pecuniária, sendo os valores propostos superiores aos estabelecidos no art. 23 da Lei da Concorrência;
c) estabeleceu-se multa para o descumprimento do compromisso por parte dos Requerentes; e
d) a proposta ora analisada é a primeira apresentada pelos Requerentes, tendo sido submetida antes do início da sessão de julgamento do processo administrativo.

VI.3 Da conveniência e oportunidade

126. Como exposto ao longo deste voto, a celebração de qualquer tipo de acordo pela autoridade antitruste representa um *trade-off* entre a redução pontual da penalidade idealmente aplicável ao compromissário e os ganhos percebidos em outras pontas da estratégia de combate a condutas anticompetitivas.

127. Tenho que, no presente feito, os benefícios oriundos da celebração do compromisso para a política brasileira de combate a cartéis são claramente mais significativos do que a redução das penalidades que poderiam vir a ser

imputadas aos Requerentes. Tal conclusão é facilmente visualizável a partir da utilização dos critérios expostos no item V.3.

128. A aplicação desses critérios indica que uma proposta de TCC realizada no âmbito de uma investigação de cartel só deve ser aceita pelo Cade se a contribuição pecuniária ofertada pelo proponente for igual ao valor da sanção por ele esperada, descontadas as reduções referentes aos ganhos de otimização proporcionados pelo acordo à atividade repressiva da Administração.

129. No caso sob exame, tenho que a proposta dos Requerentes, que prevê o recolhimento de R$ 30,9 milhões a título de contribuição pecuniária, preenche tais condições, permitindo ganhos significativos de otimização nos trabalhos administrativos, ao mesmo tempo em que garante o efeito dissuasório da atuação estatal.

130. Quanto aos ganhos de otimização, noto que a proposta apresenta contribuições valiosas para o desenvolvimento da investigação conduzida pela SDE. Cabe lembrar que a Averiguação Preliminar n. 08012.003021/2005-72 foi instaurada pela Secretaria em 6/3/2009, após a Secretaria ter recebido denúncias acerca de condutas suspeitas de agentes econômicos no mercado de licitações no setor de tecnologia da informação promovidas por órgãos do governo federal em Brasília/DF. A partir de um estudo do funcionamento e resultado de vários procedimentos licitatórios, a SDE encontrou padrões de comportamento de agentes do setor que indicavam a possibilidade de colusão para repartição de mercado. A Secretaria, então, requereu por meio da Advocacia-Geral da União autorização judicial para a realização de busca e apreensão na sede das empresas investigadas, que veio a ser realizada em 19/3/2009.

131. Desde então, a investigação não registrou qualquer avanço, já que diferentes decisões judiciais impediram a abertura do material apreendido na sede dos agentes investigados. A última dessas decisões foi a liminar proferida em 11/05/2010 pelo Min. José Antonio Dias Toffoli nos autos da Reclamação nº 10.122/DF, que foi ajuizada pela **Politec** e hoje representa o único recurso a impedir o deslacre e o processamento do material apreendido.

132.A proposta sob análise prevê que a **Politec** desistirá da referida Reclamação, bem como renunciará ao direito de contestar a legalidade de busca e apreensão no âmbito do SBDC. Dessa forma, a realização do acordo permitirá que a investigação — que hoje se encontra parada há quase dois anos — volte a correr contra os demais investigados. Trata-se claramente de uma situação ímpar, jamais visualizada anteriormente, em que a desistência

de recursos pelos Compromissários deixa de representar mera diminuição dos riscos de revisão judicial para representar verdadeiro mecanismo de garantia do prosseguimento da atividade investigativa da SDE.

133. Note-se também que antigas demandas da SDE no sentido de que seria necessária uma colaboração mais ampla por parte dos Compromissários restaram em grande parte atendidas pela proposta final dos Requerentes, como reconheceu expressamente a própria Secretaria.

134. Dessa forma, considerando-se os limites estruturais existentes na atual legislação brasileira, há que se reconhecer que a colaboração ofertada pelos Requerentes possui significado substancial.[12]

135. Ainda em relação aos ganhos de otimização trazidos pelo acordo, observo que é difícil visualizar compromisso que traga mais benefícios para o SBDC no que toca à economia de recursos administrativos despendidos no carregamento do processo contra o proponente. Com efeito, até hoje nenhum outro TCC foi celebrado antes que fosse instaurado o respectivo processo administrativo. A investigação no âmbito da qual os Requerentes apresentam sua proposta ainda se encontra em fase de averiguação preliminar, estágio mais incipiente da investigação administrativa. Os gastos da Administração com o carregamento da referida Averiguação são, até o momento, relativamente baixos quando comparados àqueles realizados no âmbito de outros processos que propiciaram a celebração de compromissos.

136. Desse modo, os dois fatores delineados como relevantes para o cálculo da redução aplicável ao caso concreto — (i) a colaboração para com o desenvolvimento da investigação administrativa em relação aos demais investigados e (ii) a redução de custos na penalização do próprio Requerente – fazem-se presentes na proposta sob análise de uma forma muito singular, de difícil visualização em TCCs já celebrados anteriormente e de difícil replicação em situações futuras.

137. Além do mais, as contribuições pecuniárias previstas na proposta, no valor total de R$ 30.900.000,00, representam importâncias substanciais, de caráter dissuasório inconteste, correspondendo a aproximadamente **[CONFIDENCIAL]** do faturamento atualizado obtido pela **Politec** no mercado investigado pela SDE em 2009 e **[CONFIDENCIAL]** do faturamento total da empresa atualizado no mesmo ano. Tal contribuição encontra-se, assim, relativamente próxima a dois dos acordos celebrados pelo Cade em processos

---

[12] Como observou a Procade em seu parecer, "*trata-se de uma das mais significativas colaborações com a instrução já obtidas através da celebração de um TCC*".

em que inexistia leniência (Lafarge e Alcan Embalagens), sendo claramente superior àquela aceita no terceiro TCC celebrado nessas circunstâncias (Friboi).

138. A diferença da proposta ora analisada é que ela prevê, conforme acima exposto, uma colaboração por parte dos Compromissários, coisa que não se fez presente nos demais TCCs celebrados pelo Conselho em circunstâncias semelhantes. Além do mais, a redução de custos propiciada pela proposta dos Requerentes é certamente superior àquelas alcançadas nos casos supracitados, dado que a investigação encontra-se em etapa ainda bastante embrionária.

139. Resta claro, portanto, que, considerando-se o conjunto total de obrigações a que se comprometeram os Requerentes, a celebração do compromisso importará em ganhos substanciais de efetividade para a política brasileira de combate a cartéis, garantindo, por outro lado, o poder dissuasório da atuação do SBDC.

VII. Conclusão

140. Por todo exposto, voto pela homologação do Termo de Compromisso de Cessação proposto pela Politec Tecnologia da Informação S.A. e pelo Sr. Hélio Santos Oliveira.

É o voto.

Brasília, 2 de março de 2011.

OLAVO ZAGO CHINAGLIA
Conselheiro-Relator