

## RETRATO DA DIVERGÊNCIA: CRITÉRIOS DE PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE NA REJEIÇÃO DE REQUERIMENTOS DE TCC PELO TRIBUNAL DO CADE

*Fernando Amorim Soares de Mello,  
Beatriz de Mattos Queiroz*

**Resumo:** Trata-se de pesquisa empírica que investigou os critérios de análise de proporcionalidade e razoabilidade nos requerimentos de Termos de Compromisso de Cessação no âmbito do Tribunal do Cade. Parte-se de uma hipótese de ausência de clareza na definição dos critérios de proporcionalidade e razoabilidade na fundamentação dos votos pela rejeição dos Requerimentos. Foi proposto um recorte metodológico em duas fases: i) mapeamento de todas as decisões no tema e, em seguida, ii) análise qualitativa dos Votos que levaram a decisões com votos vencidos. Após o exame dos 315 de TCCs, foram identificados os critérios mais utilizados pelo Tribunal.

**Palavras-chave:** Termos de Compromisso de Cessação (TCC); Cade; Critérios; Proporcionalidade; Razoabilidade.

**Keywords:** *Cease and Desist Agreements; Cade; Criteria; Proportionality; Reasonableness.*

### 1. Introdução

O presente artigo apresenta os resultados de uma pesquisa empírica sobre os critérios de proporcionalidade e razoabilidade na apreciação dos requerimentos dos Termos de Cessação de Conduta (TCCs), no âmbito do Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), no período de maio de 2012<sup>1</sup> a julho de 2019.

O TCC como instrumento para a política concorrencial no Brasil já tem uma década de experiência. Em breve linhas, o agente ao qual foi imputada a prática de infração tipificada no art. 36, *caput*, da Lei 12.529/2011 podem celebrar, no âmbito dos procedimentos preparatórios, inquérito ou processos administrativos acordo chamado “compromisso de

---

<sup>1</sup> Correspondente ao mês de vigência da Lei 12.529/2011.

cessação”, por força do qual (i) a Administração Pública abre mão do prosseguimento do processo administrativo (e, conseqüentemente, da penalização do infrator), enquanto estiverem sendo cumpridos os termos do compromisso; e (ii) o administrado compromete-se a fazer cessar imediatamente a prática, sem que haja reconhecimento de eventual ilicitude<sup>2</sup>.

A negociação de “compromissos de cessação” é importante tanto para o Cade quanto para as requerentes (na maior parte das vezes, empresas). Isso porque, a coleta e análise de evidências feita pelo Cade de forma autônoma pode ser longa e dispendiosa, de forma que a colaboração com os envolvidos nas práticas ilícitas torna o processo investigativo mais célere e eficiente. Além disso, eventual condenação seria um desgaste para a imagem das empresas, bem como poderia levar ao pagamento de altas multas, o que torna para elas mais vantajoso contribuir com as investigações do Cade e pagar quantias menores à título de contribuição pecuniária dos TCCs.

O processo de negociação dos TCCs envolve algumas etapas e requer tempo e dedicação de todos os envolvidos. As requerentes oferecem ao Cade suas propostas e, caso sejam consideradas convenientes e oportunas pela autoridade<sup>3</sup>, estas são recebidas atendendo a ordem de um sistema de senhas (“markers”).

A pesquisa propôs traçar um mapa dos principais critérios de proporcionalidade e razoabilidade utilizados pelo Tribunal para rejeitar propostas de TCC. Assim, a investigação sobre os fundamentos da rejeição de propostas poderá servir de baliza para a celebração de novos acordos, de modo que tenham mais chances para uma futura homologação.

O problema da pesquisa pode ser sintetizado na seguinte indagação: quais seriam os critérios de proporcionalidade e razoabilidade na apreciação dos requerimentos de TCCs no âmbito do Tribunal do Cade?

Para responder à questão proposta, foi realizada uma pesquisa empírica com um recorte temporal entre requerimentos foram analisados a

---

<sup>2</sup> FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 155. Para uma análise com um enfoque administrativo, cf. MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos*. 1.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.377ss.

<sup>3</sup> Art. 85, *caput*, a Lei 12.529/2011.

partir de maio de 2012<sup>4</sup>. A pesquisa parte da hipótese da ausência de clareza na definição dos critérios de proporcionalidade e razoabilidade utilizados na fundamentação dos votos pela rejeição dos requerimentos de TCC. Para confirmar ou refutar nossa hipótese, optamos por um recorte metodológico composto por uma análise primeiramente quantitativa com um mapeamento mapear de todas as decisões do Tribunal sobre a homologação ou rejeição dos TCCs julgados no recorte temporal proposto<sup>5</sup> e, posteriormente, ii) uma análise qualitativa dos votos para examinar as diferentes opiniões dos Conselheiros que levaram a decisões com votos vencidos<sup>6</sup>.

Foram 315 decisões sobre requerimento de TCC analisadas, coletadas a partir das atas de julgamento disponibilizadas no site da autarquia<sup>7</sup>, de maio de 2012 até julho de 2019. A primeira ata a indicar julgamento de TCCs disponível para esse período refere-se à 1ª Sessão Ordinária de Julgamento realizada em 04 de julho de 2012<sup>8</sup>, enquanto a última refere-se à 146ª Sessão Ordinária de Julgamento, realizada em 08 de julho de 2019<sup>9</sup>. Os Termos trataram tanto de condutas colusão quanto unilaterais<sup>10</sup>.

Antes da apresentação dos resultados, vale destacar que as decisões sobre requerimentos de TCC costumavam ser unânimes entre 2012 e 2015. A primeira divergência percebida neste período analisado ocorreu em 2016, com voto do ex-Conselheiro João Paulo de Resende<sup>11</sup>. A partir de então, em todos os julgamentos com decisões não unânimes, seja pela aprovação do

---

<sup>4</sup> Início da vigência da Lei 12.529/11 foi em 29/05/2012.

<sup>5</sup> <http://www.cade.gov.br/assuntos/sesoes/sesoes-pasta-geral/atas-de-julgamento/atas-de-sesoes-ordinarias-de-julgamento-2018>

<sup>6</sup> [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_pesquisar.php?acao\\_externa=protocolo\\_pesquisar&acao\\_origem\\_externa=protocolo\\_pesquisar&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0)

<sup>7</sup> <http://www.cade.gov.br/assuntos/sesoes/pautas-das-sesoes-ordinarias-1>

<sup>8</sup> Com publicação no Diário Oficial da União do dia 10/07/2012.

<sup>9</sup> Com publicação no DOU do dia 10/07/2019

<sup>10</sup> Para uma distinção teórica, cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 458 e seguintes.

<sup>11</sup> Requerimento nº 08700.003364/2016-31; Requerente: North Empreendimentos Ltda; Relatoria: ex-Conselheiro Paulo Burnier da Silveira; Data do Julgamento: 22/06/2016; Data de Publicação no DOU: 28/06/2016.

acordo, seja pela sua rejeição, vencidos estavam os ex-Conselheiros João Paulo de Resende e/ou Cristiane Alkmin, pontuando seus entendimentos minoritários sobre o cálculo da contribuição pecuniária dos acordos.

Dito isso, o propósito da pesquisa foi identificar critérios utilizados pelo Tribunal do Cade para a análise de proporcionalidade e razoabilidade dos acordos de TCC. Ainda é cedo para afirmar categoricamente que o Tribunal não está em completo acordo sobre esses critérios porque muitas decisões foram unânimes até o início dos posicionamentos dos ex-Conselheiros Cristiane e João Paulo. Os dois sinalizaram a possibilidade de divergência e deixaram opções de cálculo que podem ser adotadas ou não pela nova composição do Tribunal.

O artigo foi dividido em cinco tópicos. Imediatamente após esta introdução, a segunda seção apresenta o panorama geral dos dados coletados nesta pesquisa, bem como uma análise dos grupos de decisões por unanimidade, tanto pela homologação quanto pela rejeição. Em seguida, o tópico três ilustra o retrato da divergência entre os Conselheiros do Tribunal, demonstrando os motivos que levaram a decisões por maioria, com ênfase na fundamentação dos votos pela rejeição. Ato contínuo, a seção posterior apresentará uma síntese dos principais critérios observados como balizas para a análise de proporcionalidade e razoabilidade do Tribunal. Por fim, encerra-se com considerações finais acerca os achados sobre o posicionamento do Tribunal quanto aos mencionados critérios investigados.

## **2. Panorama dos TCCs homologados no Tribunal do Cade (mai. 2012 a jul. 2019)**

Neste capítulo, serão apresentados os primeiros dados quantitativos e qualitativos encontrados durante a pesquisa. O cenário é positivo para o período analisado, já que o número de requerimentos de TCC homologados é ampla maioria quando comparado ao número de rejeitados. Por ora, a ênfase recairá nas decisões unânimes do Tribunal: num primeiro momento, pela homologação (tópico 2.1) e, em seguida, pela rejeição (tópico 2.2).

Após a Resolução 5/2013<sup>12</sup>, que regulamentou os TCCs em casos de cartel no Cade, houve um crescimento exponencial das negociações e homologações dessa espécie de acordo no âmbito da autarquia, mesmo diante da fixação de exigências relativamente severas (como o reconhecimento de participação na conduta, a necessidade de contribuição pecuniária e a obrigatoriedade de colaboração com as investigações)<sup>13</sup>. Hoje, outras pesquisas indicam que praticamente 90% dos acordos em cartel firmados no Cade tem início na SG e para cada acordo de leniência assinado<sup>14</sup>, tem-se, ao menos um TCC subsequente<sup>15</sup>, o que demonstra o sucesso da política de *enforcement* da autarquia.

No recorte temporal proposto para esta pesquisa (mai. 2012 a jul. 2019), foram analisados 315 requerimentos de TCC. Desse valor total, 77 foram homologados por maioria, 225 por unanimidade, 3 requerimentos foram rejeitados por maioria e 10 por unanimidade.

Os dados quantitativos encontrados estão demonstrados no quadro e gráficos abaixo:

**Quadro 1** – Requerimentos de TCCs julgados pelo Tribunal do Cade (maio/2012 a jul.2019)

Ano	Homologação por Maioria	Homologação por Unanimidade	Rejeição por Maioria	Rejeição por Unanimidade
2012 <sup>16</sup>		4		
2013		12		2
2014		34		2

<sup>12</sup> Disponível em: [http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-5\\_2013.pdf/view](http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-5_2013.pdf/view)

<sup>13</sup> ATHAYDE, Amanda; ANDRADE, Diogo Thomson de; FRADE, Eduardo. A evolução dos acordos de leniência e dos TCCs nos cinco anos de vigência da Lei 12.529/2011. In: CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto (Orgs.). *Evolução do Antitruste no Brasil*. São Paulo: Singular, 2018, p 1271.

<sup>14</sup> Para uma análise completa sobre o instituto, cf. ATHAYDE, Amanda. *Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: teoria e prática*. Belo Horizonte: Forum, 2019.

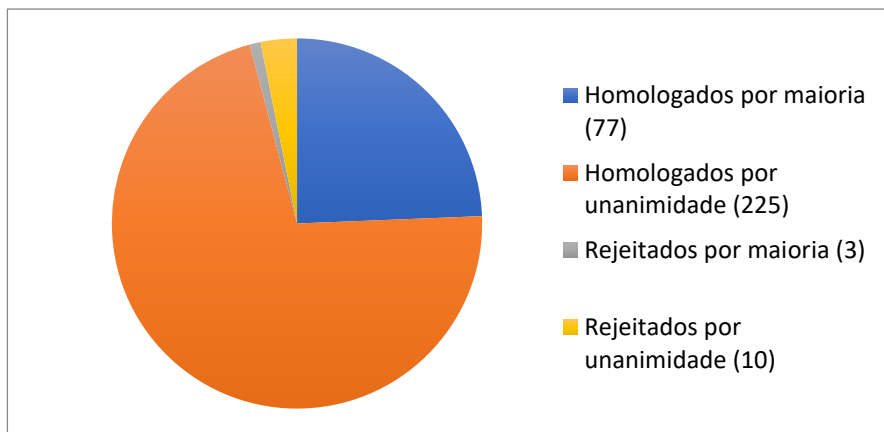
<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 1272.

<sup>16</sup> A partir do dia 31 de maio de 2012, dia em que a Lei 12.529/2011 entrou em vigência.

Ano	Homologação por Maioria	Homologação por Unanimidade	Rejeição por Maioria	Rejeição por Unanimidade
2015 <sup>17</sup>		56		4
2016	16	38		1
2017	14	56	3	1
2018	43	17		
Jul/2019	4	8		

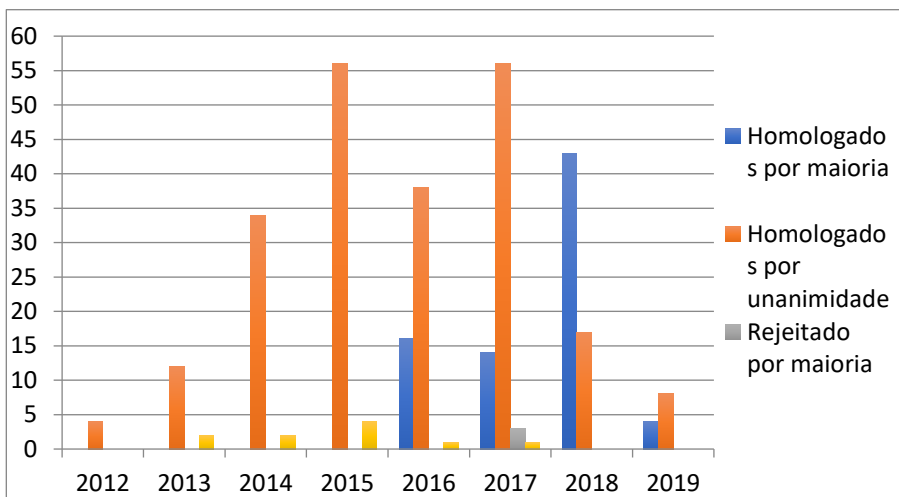
Elaboração própria

**Figura 1** – Requerimentos de TCCs julgados pelo Tribunal do Cade (maio/2012 a jul.2019)



Elaboração própria

<sup>17</sup> Esse pico anual é explicado por casos de unimilitância por cooperativas de plano de saúde.

**Figura 2** – Decisões do Tribunal em Requerimentos de TCCs de mai.2012 até jul.2019 (anual)

Elaboração própria

### 2.1 TCCs homologados por unanimidade

Além da maior parte das decisões serem por homologação, o número de decisões unânimes também foi muito superior à quantidade de decisões por maioria, o que demonstra uma tendência à coesão no posicionamento do Tribunal do Cade, ao longo dos últimos anos. Todavia, a divergência inaugurada em 2016 merece nossa atenção, especialmente quando se trata dos votos pela rejeição dos requerimentos de TCC. Isso será feito no capítulo seguinte.

No período analisado, dos 315 requerimentos de TCC encontrados, 225 foram homologados por unanimidade. Como o foco deste trabalho foi o estudo da fundamentação dos votos pela rejeição, não vamos entrar no mérito dos argumentos dos requerimentos aprovados por unanimidade.

### 2.2 Requerimentos rejeitados por unanimidade

Entre 2012 e julho de 2019, apenas 10 requerimentos de TCC foram rejeitados por unanimidade. Alguns deles mencionaram a proporcionalidade e a razoabilidade da rejeição e, embora não tenham explicitado quais critérios utilizaram para chegar a essas conclusões, conseguimos extrair alguns: (i) reconhecimento de culpa; (ii) precedentes;

(iii) quantidade de provas; (iv) valor da contribuição; (v) gravidade da conduta; (vi) valores pagos pelos demais requerentes; e (vii) tamanho da companhia analisada.

O requerimento proposto pela Intercement Brasil S.A., foi rejeitado por unanimidade<sup>18</sup>. Nesse processo, o Conselheiro-Relator Alessandro Octaviani sintetizou as razões pelas quais seria “de todo desarrazoado para a Administração” aceitar a proposta, quais sejam: i) análise do período; ii) maior amplitude processual; iii) maior amplitude subjetiva; iv) não reconhecimento de culpa; v) não assunção da obrigação de colaborar com a autoridade; vi) baixa contribuição pecuniária proposta; e vii) afastamento da hipótese de erro material.<sup>19</sup>

Nesse caso, o Tribunal considerou a existência de uma grande quantidade de provas da participação da InterCement nas condutas investigadas para concluir pela falta de razoabilidade na celebração de um TCC sem o reconhecimento de culpa.

Além do caso acima mencionado, observamos 2 requerimentos rejeitados por unanimidade, nos quais os Relatores fundamentam a desproporcionalidade do acordo em termos muito similares. O primeiro é o

---

<sup>18</sup> Requerimento nº 08700.010345/2013-19; Requerente: Intercement Brasil S.A.; Relatoria: ex-Conselheiro Alessandro Octaviani Luís; Data do Julgamento: 22/01/2014; Data de Publicação no DOU: 07/02/2014

<sup>19</sup> “i. proposta apresentada 7 anos após o início das investigações e 6 anos após a proposta da Lafarge e da Cimpor; ii. maior amplitude processual do que o Processo Administrativo no 08012.011142/2006-79, não tendo apresentado proposta nos outros processos, o que traz vício formal à proposta; iii. maior amplitude subjetiva, incluindo o patrimônio jurídico (imputações, obrigações e responsabilidades) da Cimpor, bem como o de investigados pessoas físicas (funcionários, sócios etc.) das duas empresas investigadas, realizando, na prática, nova proposta de TCC pela Cimpor, o que é vedado pelo ordenamento; iv. não reconhecimento de culpa; v. não assunção da obrigação de colaboração com a autoridade, o que é particularmente ruim, principalmente pela enorme quantidade e qualidade de provas carreadas nos autos e a manifestação unânime sobre elas até o momento, condenando a proponente; vi. contribuição pecuniária bastante inferior àquela paga pela Lafarge há 6 anos; e vii. na hipótese de "erro material" em relação ao valor da contribuição pecuniária, a não apresentação de qualquer posição razoável apta a modificar o quadro acima, o que é agravado pela inclusão do Processo em pauta de julgamento.”



processo requerido pela Cooperativa dos Cirurgiões Cardiovasculares e Torácicos do Estado da Bahia – CARDIOTÓRAX<sup>20</sup> e o segundo pela Servan Anestesiologia e Tratamento da Dor de Campo Grande Ltda.<sup>21</sup>:

Nesses dois processos, o Tribunal entendeu<sup>22</sup> que seria desproporcional e contrário ao princípio da isonomia aprovar os acordos propostos nos termos apresentados pelas Requerentes, sem que elas se comprometessem expressamente a deixar de usar tabela de preços, uma vez que em diversos outros acordos aprovados pelo Cade isso foi exigido dos compromissários.

No requerimento proposto pela Hannstar Display Corp.<sup>23</sup>, o Tribunal homologou Despacho do Presidente Márcio de Oliveira Júnior que rejeitou a proposta de TCC, considerando o valor da contribuição muito baixo quando comparado à gravidade da conduta. Nos termos do Despacho, “a proposta final apresentada pela Hannstar Display Corp não atendeu aos

---

<sup>20</sup> Requerimento nº 08700.004727/2015-75; Requerente: Cooperativa dos Cirurgiões Cardiovasculares e Torácicos do Estado da Bahia – CARDIOTÓRAX; Relatoria: ex-Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior; Data de Julgamento: 16/09/2015; Data de Publicação no DOU: 22/09/2015.

<sup>21</sup> Requerimento nº 08700.002502/2015-84; Requerente: Servan Anestesiologia e Tratamento da Dor de Campo Grande Ltda; Relatoria: ex-Conselheiro Gilvandro Vasconcelos; Data de Julgamento: 19/08/2015; Data de Publicação no DOU: 25/08/2015.

<sup>22</sup> “Ressalto, ainda, a proporcionalidade e razoabilidade da rejeição ao Termo proposto, especialmente quando se faz um cotejo entre, por um lado, a vasta jurisprudência desse Conselho elencando o alto prejuízo concorrencial decorrente da formulação e imposição de tabelas de preços, principalmente pela instrumentalização da CHBPM para esse objetivo; e, por outro, quando analisamos que todos os acordos celebrados recentemente pelo Cade com cooperativas e entidades médicas continham tal obrigação (de parar de utilizar tabela de preço).” (grifos nossos)

Ressalto, ainda, a proporcionalidade e razoabilidade da rejeição ao Termo proposto, especialmente quando se faz um cotejo entre, por um lado, a vasta jurisprudência do Cade sobre o assunto e, por outro, quando analisamos que todos os acordos celebrados recentemente pelo Cade com cooperativas e sociedade do mercado de anestesiologia continham tal obrigação (de parar de utilizar tabela de preço). (destaques adicionados).

<sup>23</sup> Requerimento nº 08700.001452/2015-18; Requerente: Hannstar Display Corp.; Despacho do Presidente: ex-Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior; Data de Julgamento: 25/11/2015; Data de Publicação no DOU: 02/12/2015.

requisitos de oportunidade e conveniência [...], uma vez que o referido valor não é, sob o ponto de vista do interesse público, adequado e proporcional aos efeitos da conduta investigada” (grifos nossos).

Nesse caso, também foi avaliada a proporcionalidade da proposta apresentada em face dos valores negociados com os demais compromissários de TCC. De acordo com o Despacho da Presidência, “para assegurar a proporcionalidade em relação às demais signatárias de TCC, o valor apresentado deveria ser – no cenário mais otimista possível – mais de três vezes maior que o apresentado pela Hannstar Display Corp”.

Outras considerações interessantes foram feitas na Nota Técnica da Superintendência-Geral para o mesmo caso. A SG adotou os seguintes pressupostos da avaliação do valor da contribuição: (i) proporcionalidade entre a sanção e a conduta; (ii) necessidade de uma multa que se mostre dissuasória aos administradores; e (iii) segurança jurídica e isonomia entre os Representados.

Além disso, o Despacho da Presidência incorporou, nas suas razões de decidir, quatro avaliações comparativas propostas pela SG:

- a) Comparação da proposta da Requerente com a utilização direta de um cenário de base de cálculo consistente no ano anterior à instauração do Processo Administrativo (2008);
- b) Comparação da proposta da Requerente com a utilização de um cenário de base de cálculo consistente nos últimos 12 meses de duração da conduta;
- c) Comparação da proposta da requerente com as contribuições já pagas no Brasil pelos demais Compromissários de TCC do mesmo Processo Administrativo;
- d) Comparação da proposta da Requerente com as multas já pagas no exterior por ela e pelos demais Compromissários de TCC do mesmo Processo Administrativo.

As conclusões da SG e do Tribunal para tais cenários estudados foram os seguintes: (a) a proposta do Requerente possui baixo potencial dissuasório ante a consideração de que a conduta investigada se enquadra na tipificação mais grave da lei – cartel clássico, internacional e com efeitos no território brasileiro; (b) todos os cálculos efetuados pela SG encontraram valores superiores à proposta apresentada; (c) o valor da proposta é desproporcional em relação aos valores já pagos pelos demais participantes

do cartel – tanto no Brasil quanto em outros países; e (d) a punição com base no valor proposto não teria caráter dissuasório quando observados os precedentes internacionais e o tamanho da companhia analisada.

### **3. Retrato da divergência**

O presente capítulo apresentará um retrato da divergência entre os Conselheiros, indicando os motivos que levaram a decisões díspares, com destaque para a fundamentação dos votos pela rejeição das propostas de TCC. De 2016 em diante, os ex-Conselheiros João Paulo e Resende e Cristiane Alkmin foram protagonistas da divergência que se instaurou no Tribunal do Cade.

Os mencionados ex-Conselheiros foram vencidos principalmente quanto à proposta de metodologia para o cálculo da contribuição pecuniária dos TCCs. Ambos consideravam que a vantagem auferida ao longo da conduta não deveria ser desconsiderado para o cálculo, em oposição ao posicionamento majoritário do Tribunal.

No universo de 315 casos analisados, 80 não foram unânicos, sendo 77 decisões, por maioria, pela homologação e 3, também por maioria, pela rejeição. O próximo tópico desta seção discorrerá sobre os requerimentos rejeitados, mas com votos vencidos pela homologação, ao passo que a seção posterior versará, de maneira inversa, sobre os requerimentos homologados, mas com votos vencidos pela sua rejeição.

#### *3.1 Requerimentos rejeitados, mas com voto vencido pela homologação*

Foram apenas 3 os Requerimentos de TCC rejeitados por maioria, todos no ano de 2017 e com votos vencidos da Conselheira Relatora Cristiane Alkmin (nos três) e do ex-Conselheiro João Paulo de Resende (em dois deles). Nesses casos, conseguimos extrair três critérios para a análise da existência de proporcionalidade ou razoabilidade: (i) gravidade da lesão; (ii) valor da multa esperada; (iii) capacidade financeira das requerentes.

Os três processos foram julgados em conjunto e as Requerentes foram: a) Sociedade Brasileira de Cirurgia Torácica – SBCT<sup>24</sup>; b) Sociedade Brasileira de Cirurgia Cardiovascular – SBCCV<sup>25</sup>; e c) PA nº 08700.005902/2016-22, Requerente: Cooperativa dos Cirurgiões Cardiovasculares do Estado do Rio de Janeiro - CARDIOCOOP-RJ<sup>26</sup>.

Os três casos tratavam de influência à adoção de conduta uniforme e a Conselheira Relatora entendeu que cumpriam a todos os requisitos legais para a celebração de TCC estabelecidos no §1º do art. 85 da Lei 12.529/11<sup>27</sup>:

Quanto à contribuição pecuniária, este foi o requisito mais polêmico para a rejeição dos referidos acordos. A Relatora mencionou que, nesses casos, os dados constantes nos autos não foram suficientes para se estimar o dano que as práticas ilícitas causaram à sociedade, “principalmente quanto à indefinição das variáveis (i) tempo de duração da conduta; (ii) quantidade dos procedimentos realizados no período da conduta; e (iii) valores cobrados antes da conduta”.

Assim, para discorrer sobre a conveniência e oportunidade dos valores das propostas de contribuição pecuniária, a Relatora levou em conta as receitas operacionais anuais mais atuais da SBCT e da SBCCV e concluiu que os valores eram proporcionais ao porte e a capacidade financeira de cada uma das sociedades.

Quanto à Cooperativa, escolheu a metodologia de cálculo pela estimativa simples sobre a vantagem auferida, considerando um sobrepreço

---

<sup>24</sup> Requerimento nº 08700.006535/2016-84; Requerente: Sociedade Brasileira de Cirurgia Torácica – SBCT; Relatoria: Conselheira Cristiane Alkmin; Data de Julgamento: 01/02/2017; Data de Publicação no DOU: 07/02/2017.

<sup>25</sup> Requerimento nº 08700.006351/2016-14; Requerente: Sociedade Brasileira de Cirurgia Cardiovascular – SBCCV; Relatoria: Conselheira Cristiane Alkmin; Data de Julgamento: 01/02/2017; Data de Publicação no DOU: 07/02/2017.

<sup>26</sup> Requerimento nº 08700.005902/2016-22; Requerente: Cooperativa dos Cirurgiões Cardiovasculares do Estado do Rio de Janeiro - CARDIOCOOP-RJ; Relatoria: Conselheira Cristiane Alkmin; Data de Julgamento: 01/02/2017; Data de Publicação no DOU: 07/02/2017.

<sup>27</sup> **I.** Estabelecer obrigações para que o Representado cesse a pratica da conduta investigada, bem como para outros fins que julgar cabíveis; **II.** Fixar multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas; **III.** Recolher a contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos.

de 10%<sup>28</sup>. Segundo o conjunto probatório dos autos, a conduta não havia sido contínua, então foram solicitados os documentos contábeis fechados do ano mais recente até então (2015).

Além disso, a Relatora fez uma vasta análise da jurisprudência do Cade em casos semelhantes e concluiu que os valores apresentados pelas requerentes estavam dentro do esperado para que tivessem potencial dissuasório.

O ex-Conselheiro João Paulo de Resende, por sua vez, se manteve fiel à regra de dosimetria que defendeu durante sua trajetória no Tribunal para calcular a expectativa de multa para negociação de TCCs<sup>29</sup>.

No caso da Cooperativa, o ex-Conselheiro entendeu que sua metodologia poderia ser aplicada considerando o faturamento do ano de 2011 (ano em que haveriam provas da conduta), mas o valor encontrado por ele foi superior ao valor negociado. Por isso, rejeitou essa proposta. Porém, para ele, as associações estariam em situação distinta e suas propostas poderiam ser homologadas.

Quanto aos votos pela rejeição dos acordos, destacamos o entendimento dos ex-Conselheiros Alexandre Cordeiro e Gilvandro Vasconcelos, capazes de convencer a maioria.

O então Conselheiro Alexandre Cordeiro considerou que a metodologia do Cade contempla como primeira referência para a contribuição pecuniária de um TCC a multa esperada (calculada tendo em conta o faturamento obtido no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, com base no art. 37, I da Lei 12.529/11). Para ele, não seria possível calcular a contribuição da SBCC por falta de informações nos autos sobre a receita em qualquer exercício.

---

<sup>28</sup> A Conselheira apresentou os seguintes cálculos: Na hipótese de sobrepreço de 10%, a relação ME/Receita Real = 9,1%. Isto porque: seja Y a receita real, que apresenta um sobrepreço de 10% e X a multa esperada.

<sup>29</sup> Para o ex-Conselheiro João Paulo, “[e]ssa regra segue as melhores práticas internacionais e encontra abrigo na legislação pátria. Se baseia, basicamente, na aplicação de um sobrepreço predeterminado (10%) sobre o volume de vendas de bens e/ou serviços afetados pela prática ilícita. No caso de TCCs, quando a contribuição pecuniária negociada por agente do Cade se encontra acima do valor obtido segundo essa regra de dosimetria que venho defendendo, voto pela homologação”.

Já para a SBCT e para a CARDIOCOOP – RJ, adotando os valores de faturamento de 2012 para a primeira e de 2015 para a segunda, haveria uma “discrepância das ordens de grandeza entre a multa esperada e a contribuição pecuniária proposta”.

O ex-Conselheiro Gilvandro Vasconcelos mencionou a importância da análise dos TCCs “a partir da coerência e da consistência com precedentes anteriores”, como fez a Relatora. Além disso, manifestou preocupação com a flexibilização das bases de cálculo, entendendo que o critério legal deve ser observado “sempre sob a ótica do princípio da proporcionalidade”<sup>30</sup>.

No mesmo voto, a proporcionalidade da decisão é entendida como obrigação de fundamentação a partir da análise tanto da base de cálculo que deveria ser utilizada (seja o faturamento do ano anterior, seja o do período em que supostamente a conduta ocorreu), quanto da base de cálculo efetivamente utilizada. A comparação da base ideal x base real garantiria valores proporcionais e não discrepantes<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> “Em outras palavras, vejo com certo receio a flexibilização de bases de cálculo de acordos sem a devida motivação da decisão proferida em sede administrativa. Casos manifestamente desproporcionais devem ser devidamente justificados pelo julgador a fim de que a contribuição fixada possa ser fidedigna e que a negociação possa trazer elementos efetivamente dissuasórios. É isso que dispõe o art. 2º-A da Resolução Cade 3/2012” (grifos nossos).

<sup>31</sup> “No caso concreto, não consegui visualizar a prévia análise - ou mesmo a indicação - das receitas que seriam utilizadas como bases de cálculo do ano de 2013, que seria aplicável por ser o ano anterior à instauração do processo em referência (critério legal), ou mesmo do período em que supostamente a conduta ocorreu (critério da vantagem auferida). Isto permitiria avaliar a proporcionalidade das três contribuições fixadas – e consequentemente das sanções por descumprimento imputáveis no acordo. A visualização clara dessas bases conferiria maior grau de certeza da decisão e teria o condão de justificar a utilização do ano de 2015 como um dos aspectos a serem considerados para mensuração da situação econômico-financeira das Requerentes. Na ausência dessa confrontação, os critérios utilizados pelo julgador podem parecer arbitrários e não guardar consistência com a política institucional de acordos que se quer desenvolver e aprimorar no Brasil”.

Por fim, esse caso também sugere que análise da proporcionalidade na contribuição pecuniária de cada caso concreto deve considerar a jurisprudência do Cade e o porte da entidade pagadora.

### *3.2 Requerimentos homologados, mas com voto vencido pela rejeição*

Entre maio de 2012 e julho de 2019, de um total de 315 requerimentos de TCC, 77 foram homologados por maioria, estando vencidos, em todos eles, os ex-Conselheiros João Paulo de Resende e/ou Cristiane Alkmin. Nesses casos, os dois se referiram à proporcionalidade ou razoabilidade, essencialmente quanto (i) ao valor da contribuição pecuniária (os dois possuem métodos de cálculo diferentes dos demais conselheiros); e (ii) a escolha do faturamento anual da empresa no produto ou no ramo de atividade como base de cálculo dessa contribuição.

No requerimento feito por ZF TRW Automotive Ltda. , Laurenz Fauser; Kadri Aygün; e Jürgen Krebs<sup>32</sup>, com decisão de homologação por maioria, foi voto vencido o ex-Conselheiro João Paulo. Neste voto, ele explicou que entende “a simples aplicação de uma alíquota sobre o faturamento no ramo de atividade no ano anterior à instauração do PA não é capaz de tornar a penalidade proporcional”. Além disso, ele ressaltou que o juízo de proporcionalidade deve ser feito comparando a conduta e a sanção e essa análise não pode desconsiderar o tempo de duração da conduta<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Requerimento nº 08700.003931/2017-31; Requerentes: ZF TRW Automotive Ltda., Laurenz Fauser; Kadri Aygün; e Jürgen Krebs; Despacho do Presidente: Alexandre Barreto; Data do Julgamento: 26/06/2019; Data de Publicação no DOU: 02/07/2019.

<sup>33</sup> “Em suma, essa breve análise apenas vem a reforçar o que venho argumentando de que a simples aplicação de uma alíquota sobre o faturamento no ramo de atividade no ano anterior à instauração do PA não é capaz de tornar a penalidade proporcional. No entanto, considero que a proporcionalidade da sanção é em relação à conduta, ao fato definido como ilegal pela legislação, e é essa referência que deve ser visada em juízos de proporcionalidade. De modo que é sim proporcional, reduzir o ramo de atividade para o mercado relevante como foi feito pela SG neste caso, mas isso não pode ser feito ignorando a duração da conduta”.

Em outro caso<sup>34</sup>, o mencionado conselheiro explica que, no seu entendimento, o critério da base de cálculo como faturamento no ano anterior à instauração do Processo Administrativo, no ramo de atividade, não traz uma relação de proporcionalidade com a conduta, o que somente seria alcançado a partir da dosimetria para fixação da alíquota<sup>35</sup>.

Sobre a existência das alíquotas base, piso e teto para cartéis *hardcore*, tal como consta no Guia de TCC do Cade<sup>36</sup>, João Paulo considera que não representam a jurisprudência do Cade “primeiro porque essas alíquotas são aplicadas sobre variadas bases de cálculo; segundo porque essas variadas bases de cálculo são escolhidas a partir de um tímido, lacônico e abstrato juízo de proporcionalidade”<sup>37</sup>.

A Conselheira Cristiane Alkmin, também vencida em diversos processos, se utiliza da expressão contribuição pecuniária *desproporcional* ou *não dissuasória* quando o valor proposto pelo requerimento de TCC é inferior à estimativa que ela encontrou com base na vantagem auferida<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> Requerimento nº 08700.009213/2015-14; Requerentes NEC TOKIN Corporation, Hideaki Sato e Tomohide Date; Despacho do Presidente: ex-Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior; Data do Julgamento: 27/07/2016; Data de Publicação no DOU: 02/08/2016.

<sup>35</sup> “O critério faturamento do ano anterior ao PA no ramo de atividade não traz intrinsecamente uma relação de proporcionalidade com a conduta, o que somente é alcançado a partir da dosimetria para fixação da alíquota. Em outras palavras, o faturamento do ano anterior ao PA no ramo de atividade é uma medida de até onde a Autoridade pode se estender na aplicação de sanções, não uma medida de proporcionalidade em relação aos danos da conduta”.

<sup>36</sup> Guia dos Termos de Compromisso de Cessação para casos de cartel, p. 37, disponível em [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17)

<sup>37</sup> Requerimento nº 08700.006038/2016-86; Requerentes: Artech EDC Equipamentos e Sistemas S.A e Amauri Deger Junior; Despacho do Presidente: ex-Conselheiro Gilvandro Vasconcelos; Data do Julgamento; Data de Publicação no Dou: 13/06/2017.

<sup>38</sup> São exemplos: PA 08700.007604/2017-58; PA 08700.008078/2017-43; PA 08700.008078/2017-43; PA 08700.002093/2018-69; PA 08700.002067/2017-50, dentre outros.



#### 4. Síntese conclusiva

Considerando a amostra temporal determinada na pesquisa, nota-se que o juízo de proporcionalidade e razoabilidade feito pelo Cade para a análise de requerimentos de TCC e, em especial, para a rejeição destes, é realizado com base em diversos critérios.

A partir dos casos analisados, não conseguimos precisar um rol fechado de critérios avaliados pelo Tribunal para a rejeição de requerimentos, mas percebemos que os principais foram (i) gravidade da conduta; e (ii) jurisprudência do Cade. Para chegar a essa conclusão, consideramos apenas os critérios que apareceram na análise dos votos vencedores de cada um dos casos rejeitados – nem todas as rejeições mencionavam proporcionalidade ou razoabilidade, por isso o número baixo encontrado.

Além disso, observamos que o Tribunal do Cade, elege, a depender do caso em julgamento, elege critérios que possam ser comparados para formar um juízo de proporcionalidade. Por exemplo, dois critérios normalmente confrontados para a análise acerca da proporcionalidade da contribuição pecuniária do TCC são: gravidade da conduta  $\times$  valor da contribuição pecuniária, isto é, considerando a duração e dano causado pela conduta.

A balança mais pesada do lado da gravidade da conduta do que do valor da contribuição levou muitas vezes o Tribunal a se referir à multa aplicada como não dissuasória. Daí surgiu a discussão sobre qual seria a metodologia de cálculo mais adequada, saindo vencedora a proposta da multa esperada (base de cálculo como faturamento bruto no ano anterior à instauração do processo, no ramo de atividade) sobre a vantagem auferida (metodologia que considera o tempo de duração do ilícito concorrencial), defendida nos últimos anos pelos ex-ex-Conselheiros João Paulo de Resende e Cristiane Alkmin.

Na hipótese de flexibilização do faturamento no ramo de atividade e consideração do faturamento quanto ao produto alvo da conduta ilícita, o Tribunal geralmente analisa a jurisprudência do Cade  $\times$  base de cálculo do requerimento do TCC em questão. Em outras palavras, a proposta é avaliar se a proposta de TCC em julgamento está de acordo com precedentes do Cade seria proporcional.

Para os casos de cartel internacional, a busca de precedentes também pode compreender os estrangeiros. Assim o Cade faz uma comparação entre o valor da contribuição nos precedentes x valor da proposta para concluir pela sua proporcionalidade (ou não).

Ainda sobre os valores da contribuição pecuniária do TCC, comparação que se faz é entre valor da multa esperada x contribuição proposta. Para a hipótese de punição da empresa ao final de um processo, seriam comparados dois valores: o montante que ela pagaria, sem a celebração do TCC, nessa suposta punição e a quantia que pagaria como contribuição pecuniária do TCC. Se a diferença encontrada entre os valores for razoável, é possível entender que a contribuição proposta no TCC foi *proporcional*.

Além disso, para os casos com mais de um TCC, os valores de uma proposta devem ser comparados com os valores pagos pelos demais requerentes. Assim, deve haver uma escala razoável entre os valores das contribuições dos primeiros requerentes até as dos últimos.

Outros critérios comparados foram a quantidade de provas da conduta ilícita de um requerente de TCC x a indisposição desse requerente em reconhecer a culpa. Para o Cade, não seria *razoável* celebrar um acordo sem reconhecimento da culpa por parte dos requerentes se já existem muitas provas contra eles<sup>39</sup>.

Como mencionado há pouco, também foram mencionados como critérios na análise da proporcionalidade do requerimento de TCC o porte e a capacidade financeira da entidade pagadora. Se associação, por exemplo, o número de associados da entidade também foi parâmetro para a definição do grande porte; se empresa, os dados de faturamento anual mesmo.

Em síntese, o quadro abaixo aponta os critérios identificados e uma breve explicação:

### **Quadro 02 – Síntese dos critérios de razoabilidade**

---

<sup>39</sup> Esse critério perdeu objeto para os casos de cartel a partir da Resolução 5/2013: Art. 185. Tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, o compromisso de cessação deverá, necessariamente, conter reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário.

<b>Gravidade da conduta</b>	Verificar em qual tipificação prevista na Lei 12.529/2011 se enquadra a conduta (sendo cartel clássico com efeitos internacionais a hipótese mais grave), seu tempo de duração, se há reincidência e qual foi o mercado afetado pela conduta (se relacionado à saúde seria a hipótese mais grave).
<b>Jurisprudência do Cade</b>	Verificar o valor proposto pelas demais requerentes no mesmo caso, bem como valores fixados para casos similares.
<b>Precedentes internacionais</b>	Para o caso de cartéis internacionais, verificar se as mesmas pessoas já fizeram acordos em outras jurisdições e quanto pagaram ou se o mesmo caso ou outro parecido já foi julgado em outras jurisdições e qual o valor proposto para os acordos.
<b>Valor da multa esperada</b>	Para a hipótese de não realização de acordo, estimar o valor da multa que seria paga em caso de condenação.
<b>Porte da entidade pagadora</b>	Pode ser verificado pela quantidade de sócios, caso seja uma sociedade, ou de associados, caso seja uma associação, bem como através dos valores de faturamento anual ou de qual o seu percentual de participação no mercado relevante afetado pela conduta.
<b>Quantidade de provas</b>	Analisar a quantidade de provas que o Cade dispõe contra as requerentes entregues e a propensão dos compromissários a reconhecer sua culpa <sup>40</sup> .

## 5. Considerações finais

Este trabalho partiu do questionamento acerca dos critérios adotados pelo Tribunal do Cade para a análise dos requerimentos de TCC. Ao final, conseguimos mapear uma lista apenas exemplificativa com alguns dos critérios utilizados pelos Conselheiros, mas sem que haja uma possibilidade de previsão acerca de quantos e quais seriam todos esses critérios.

A nossa hipótese de trabalho era justamente de que haveria uma ausência de clareza na definição dos critérios de proporcionalidade e razoabilidade utilizados pelo Cade para apreciação dos TCCs e, em especial, para sua rejeição. Tal hipótese foi confirmada com a análise dos requerimentos separados ao longo do trabalho, que encontrou os seguintes

---

<sup>40</sup> Idem o a nota de rodapé anterior.

critérios utilizados para a análise dos requerimentos, com maior utilização dos dois primeiros para sua rejeição: (i) Gravidade da Conduta; (ii) Jurisprudência do Cade; (iii) Porte da Compromissária; (iv) Precedentes Internacionais; (v) Valor da multa esperada; (vi) Quantidade de provas.

Quanto ao cálculo da contribuição pecuniária a partir da multa esperada ou vantagem auferida, ainda não se pode afirmar que o Tribunal realmente diverge ou que os resultados encontrados foram fruto apenas dos posicionamentos pessoais dos ex-Conselheiros João Paulo de Resende e Cristiane Alkmin. Fato é que os dois registraram uma divergência possível e restará à futura composição do Tribunal firmar seu posicionamento a esse respeito.

Os próximos Conselheiros encontrarão o desafio de se posicionar, seguindo o entendimento até então majoritário, concordando com os vencidos ex-Conselheiros João Paulo e Cristiane ou ainda, criando um novo método de cálculo para a contribuição pecuniária dos TCCs. Em qualquer dos cenários, será necessário demarcar um juízo *ex ante* de proporcionalidade/razoabilidade, de modo a garantir ambiente institucional capaz de assegurar segurança jurídica.

## Referências Bibliográficas

ATHAYDE, Amanda; ANDRADE, Diogo Thomson de; FRADE, Eduardo. A evolução dos acordos de leniência e dos TCCs nos cinco anos de vigência da Lei 12.529/2011. In: CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto (Org.). *Evolução do Antitruste no Brasil*. São Paulo: Singular, 2018.

ATHAYDE, Amanda. *Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

Cade. Guia dos Termos de Compromisso de Cessação para casos de cartel. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17)

\_\_\_\_\_. Requerimento nº 08700.003364/2016-31; Requerente: North Empreendimentos Ltda; Relatoria: ex-Conselheiro Paulo Burnier da

Silveira; Data do Julgamento: 22/06/2016; Data de Publicação no DOU: 28/06/2016.

\_\_\_\_\_. [Requerimento](#) nº 08700.010345/2013-19; Requerente: Intercement Brasil S.A.; Relatoria: ex-Conselheiro Alessandro Octaviani Luís; Data do Julgamento: 22/01/2014; Data de Publicação no DOU: 07/02/2014.

\_\_\_\_\_. [Requerimento](#) nº 08700.004727/2015-75; Requerente: Cooperativa dos Cirurgiões Cardiovasculares e Torácicos do Estado da Bahia – CARDIOTÓRAX; Relatoria: ex-Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior; Data de Julgamento: 16/09/2015; Data de Publicação no DOU: 22/09/2015.

\_\_\_\_\_. [Requerimento](#) nº 08700.002502/2015-84; Requerente: Servan Anestesiologia e Tratamento da Dor de Campo Grande Ltda; Relatoria: ex-Conselheiro Gilvandro Vasconcelos; Data de Julgamento: 19/08/2015; Data de Publicação no DOU: 25/08/2015.

\_\_\_\_\_. [Requerimento](#) nº 08700.006535/2016-84; Requerente: Sociedade Brasileira de Cirurgia Torácica – SBCT; Relatoria: ex-Conselheira Cristiane Alkmin; Data de Julgamento: 01/02/2017; Data de Publicação no DOU: 07/02/2017.

\_\_\_\_\_. [Requerimento](#) nº 08700.006351/2016-14; Requerente: Sociedade Brasileira de Cirurgia Cardiovascular – SBCCV; Relatoria: ex-Conselheira Cristiane Alkmin; Data de Julgamento: 01/02/2017; Data de Publicação no DOU: 07/02/2017.

\_\_\_\_\_. [Requerimento](#) nº 08700.005902/2016-22; Requerente: Cooperativa dos Cirurgiões Cardiovasculares do Estado do Rio de Janeiro - CARDIOCOOP-RJ; Relatoria: ex-Conselheira Cristiane Alkmin; Data de Julgamento: 01/02/2017; Data de Publicação no DOU: 07/02/2017.

\_\_\_\_\_. [Requerimento](#) nº 08700.003931/2017-31; Requerentes: ZF TRW Automotive Ltda. Laurenz Fauser; Kadri Aygün; e Jürgen Krebs; Despacho do Presidente: Alexandre Barreto; Data do Julgamento: 26/06/2019; Data de Publicação no DOU: 02/07/2019.

\_\_\_\_\_. [Requerimento](#) nº 08700.009213/2015-14; Requerentes NEC TOKIN Corporation, Hideaki Sato e Tomohide Date; Despacho do Presidente: ex-Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior; Data do Julgamento: 27/07/2016; Data de Publicação no DOU: 02/08/2016.

\_\_\_\_\_. [Requerimento](#) nº 08700.006038/2016-86; Requerentes: Arteche EDC Equipamentos e Sistemas S.A e Amauri Deger Junior; Despacho do Presidente: ex-Conselheiro Gilvandro Vasconcelos; Data do Julgamento; Data de Publicação no Dou: 13/06/2017.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos*. 1.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.