



CADE

Ressarcimento voluntário de danos e acordos no Cade

O que isso significa para as ações de reparação de dano por conduta anticompetitiva no Brasil?

AMANDA ATHAYDE
ISABELA MAIOLINO

10/12/2018 10:47



Sede do Cade - Crédito: JOTA imagens

Em 12 de setembro de 2018, o Cade editou a versão final da Resolução nº 21 de 2018 (“Resolução 21/2018 CADE”), que regulamentou os procedimentos de acesso aos documentos e às informações constantes dos Processos Administrativos, em especial aqueles oriundos de Acordos de Leniência e Termos de Compromisso de Cessação – TCCs.^[1] Tal normativa buscou fomentar as Ações Cíveis de Reparação por Danos Concorrenciais, ao mesmo tempo em que delineou os limites para que

não houvesse prejuízo aos exitosos programas de acordo da autarquia. Trata-se do conhecido debate entre *public and private enforcement*^[2].

Nos termos do vanguardista art. 12 desta Resolução 21/2018 CADE: “A Superintendência-Geral do Cade e o Plenário do Tribunal do Cade poderão considerar como circunstância atenuante, no momento do cálculo da contribuição pecuniária em sede de negociação de TCC, ou no momento da aplicação das penas previstas nos arts. 37 e 38 da Lei nº 12.529/2011, o ressarcimento extrajudicial ou judicial, devidamente comprovado, no âmbito das Ações de Reparação por Danos Concorrenciais, considerada nos termos do art. 45, incisos V e VI da Lei 12.529/2011”.

+ JOTA: Quer receber relatórios especiais sobre decisões e bastidores do Cade? Experimente nossas newsletters temáticas sobre concorrência!

O referido art. 12 foi inspirado em normativas estrangeiras, como aquelas do Reino Unido e da Alemanha, conforme explicado na Nota Técnica nº **24/2016/CHEFIAGAB-SG/SG/CADE**, produzida pela Superintendência-Geral do Cade em dezembro de 2016. No Reino Unido, esse mecanismo é denominado *voluntary redress scheme*, por meio do qual os beneficiários da leniência e demais participantes da conduta podem submeter, voluntariamente, um plano de ressarcimento às partes lesadas, buscando a aprovação da *Competition and Markets Authority*. Se aprovado, o autor da conduta poderá receber, em contrapartida, descontos de até 20% no valor da multa administrativa a ser aplicada.

Já na Alemanha, a jurisprudência sugere a adoção de um procedimento bifásico, que divide a decisão da autoridade de defesa da concorrência (o *Bundeskartellamt*) em dois momentos. Primeiro, há uma decisão preliminar declaratória, que é seguida de um período designado para facilitar a celebração de acordos com consumidores lesados. Posteriormente, é proferida a decisão final, que considera tais acordos como um “bônus” no cálculo da multa administrativa final. Tal procedimento visa a diminuir os custos do litígio no Judiciário e a assimetria de informações enfrentada pelos consumidores lesados, bem como a favorecer o beneficiário da leniência na medida de sua cooperação.

Fato é que o tema da reparação dos danos decorrentes de condutas ilícitas tem sido discutido em diversos eventos no Brasil. No dia 22 de novembro de 2018, por exemplo, ocorreu o “Seminário IBRAC/IDP: Reparação de Danos por Condutas Anticompetitivas: Onde estamos, para onde vamos e como?”, em que se discutiu os desafios para a reparação de danos oriundos de condutas anticompetitivas no Brasil. Este também foi o tema de debate no “24º Seminário Internacional de Defesa da

Concorrência”, promovido pelo IBRAC em outubro de 2018. Não se trata, porém, de tema restrito à seara concorrencial, já que o modo de cálculo do suposto dano causado também tem sido objeto de calorosa discussão, por exemplo, nas investigações de corrupção.

Tanto é assim que em maio de 2018 foi realizada a “*Oficina de Metodologia de Apuração de Dano e Multa em Acordos de Leniência*”, com a participação do MPF, do TCU, da AGU, do CADE e da CGU. Isso porque o cálculo de ressarcimento e reparação não é algo trivial^[3].

Nesse contexto de debates, cumpre chamar atenção para o fato de que, no dia 21 de novembro de 2018, durante a 134ª sessão de julgamento, o Tribunal Administrativo do Cade homologou 16 propostas de TCC^[4] em investigações da “Operação Lava Jato”^[5] utilizando-se, pela primeira vez, da previsão do art. 12 da Resolução 21/2018 do CADE.

Nos termos do *press release* do Cade, apesar de a contribuição pecuniária total ter sido fixada em R\$ 897,9 milhões, há a possibilidade de redução de 15% do seu valor, caso os compromissários dos acordos comprovem ao Cade a reparação judicial ou extrajudicial dos danos causados pelas condutas anticompetitivas praticadas.

A novidade, portanto, é a definição concreta, pela primeira vez, da redução de valor de uma contribuição pecuniária em TCC com base na reparação efetiva dos danos aos prejudicados.

Como o desconto definido foi de 15%, este valor poderá vir a ser utilizado como parâmetro para as demais empresas e pessoas físicas investigadas pelo Cade em suas negociações de TCCs. Seria este percentual muito elevado? Ou muito baixo? Quanto, em termos pecuniários, vai representar em cada TCC, e quanto haverá de reparação de danos aos respectivos prejudicados? Seria um benefício excessivo aos infratores, considerando o dano social que as práticas de tais empresas causaram aos brasileiros, relevadas pela “Operação Lava Jato”?^[6]

Recorde-se que, enquanto a legislação alemã prevê um desconto de até 15%^[7] e o Reino Unido prevê um abatimento de até 20% da multa aplicada^[8], a Resolução 21/2018 do CADE não determinou valores máximos ou mínimos do percentual de abatimento da multa ou contribuição pecuniária. No mesmo sentido, o Guia de TCC para casos de cartel^[9] não prevê nenhum tipo de redução no valor da contribuição a ser paga decorrente de pagamentos realizados em ações de reparação, enquanto o Guia de Compliance^[10], apesar de mencionar a possibilidade de redução do valor da

multa a ser aplicada pelo Tribunal em razão da adoção de programas de integridade, elencados na boa-fé do infrator, também não apresenta qualquer percentual para comparação.

Acreditamos que este é um relevante precedente na história do Cade. A autarquia se alinha com as melhores práticas internacionais, que buscam a ponderar a adequada reparação dos danos aos prejudicados (*private enforcement*) quando da punição pelas condutas anticompetitivas (*public enforcement*). Também é relevante porque sinaliza os esforços do Cade a efetiva cooperação interinstitucional no Brasil.

Isso porque a “Operação Lava Jato” é um dos principais casos de multiplicidade de agências investigativas, e considerar a efetiva reparação de danos já realizada no âmbito do MPF, da CGU, da AGU e do TCU parece dar sincronicidade entre as instituições públicas, e conseqüentemente previsibilidade e segurança jurídica aos administrados. Este ponto foi corretamente ressaltado pelo Presidente do Cade, Alexandre Barreto, que em diversas oportunidades apontou para a relevância da complementariedade das investigações e a estreita cooperação.

Diante do exposto, e considerando que estes foram os primeiros casos em que houve a definição quanto ao percentual de desconto a ser utilizado (15%), em processos atípicos em termo de exposição à mídia, dado que relacionados à “Operação Lava Jato”, será necessário observar como o Cade vai avaliar o cumprimento dessa condição nos TCCs em concreto.

No caso específico, a partir de qual valor de danos reparado haverá redução percentual? Qual a faixa de descontos, até atingir o limite máximo de redução da contribuição até os 15%? E se houver o ressarcimento extrajudicial ou judicial, devidamente comprovado, mas apenas parcial, será considerada preenchida a condição para tal desconto da contribuição pecuniária do TCC ou será considerado descumprimento?

E nos futuros TCCs homologados e em condenações pelo Tribunal do Cade, como será a aplicação desse art. 12 da Resolução 12/2018 do Cade? Quais serão os parâmetros concretos e objetivos de definição dessa redução percentual? Será necessária a elaboração de eventual Guia sobre quanto do ressarcimento comprovado poderá ser considerado no desconto dos TCCs e das multas? Ou a análise será casuística? De plano, entendemos que já é possível atualizar o Guia de TCC para que conste essa possibilidade no rol de descontos, e também que essa previsão conste em um futuro Guia sobre Dosimetria das Penas, de possível elaboração pela autarquia^[11].

[1] Sobre o assunto, ver artigo escrito por Amanda Athayde, Andressa Lins Fidelis e Isabela Maiolino, de título “**Da Teoria À Realidade: O Acesso A Documentos De Acordos De Leniência No Brasil**”, publicado no livro Mulheres no Antitruste – Volume I, disponível em:
https://docs.wixstatic.com/ugd/7a78d2_d373ca0c81564b9193d0c6d0d8bc9f61.pdf

[2] Nesse sentido, destacam-se as discussões em 2015 realizadas no âmbito da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), **Relationship Between Public And Private Antitrust Enforcement. Note by the Secretariat**. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2015\)14&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2015)14&docLanguage=En). 2015; e o documento produzido pela International Competition Network (ICN) em 2007, **Interaction Of Public And Private Enforcement In Cartel Cases**, disponível em:
<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc349.pdf>.

[3] Parecer do Departamento de Estudos Econômicos no Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51 (SEI 0260624): “(...) havendo disponibilidade de dados adequados, a utilização dos métodos apropriados juntamente com análises de robustez possibilita estimar valores confiáveis para o dano do cartel. Entretanto, o trabalho necessário para chegar à especificação mais adequada – que inclui a escolha do cenário contrafactual, do período do cartel e das variáveis explicativas do modelo – não é trivial”. Segundo a OCDE: “Accurately measuring harm to competition is difficult even in the best of cases”. “Measuring harm in practice is difficult even in straightforward cartel cases because of data requirements and the need to construct a convincing (...) scenario. The more difficult cases will likely require substantial inputs from skilled and experienced analysts with detailed knowledge of the industries too. (...) The most often used methods (...) typically require relatively large data sets” (OECD. **Quantification of harm to competition by national courts and competition agencies**. OCDE, 2011). Ainda sobre o assunto, Hovenkamp: “methods have become technically quite demanding” (HOVENKAMP, Herbert. **Quantification of harm in private antitrust actions in the United States**. University of Iowa Legal Studies Research Paper, 2011).

[4] Requerimentos nº 08700.001880/2016-21 (Compromissário: OAS S.A.), 08700.002014/2016-58 (Compromissário: Presidente Carioca Christiani – Nielsen Engenharia S/A), 08700.003677/2016-90 (Compromissários: Construtora OAS S.A., e José Adelmário Pinheiro Filho.), 08700.003679/2016-89 (Compromissário: Andrade Gutierrez Engenharia S.A), 08700.004337/2016-86 (Compromissário: Construtora Norberto Odebrecht S.A), 08700.004341/2016-44 (Compromissário: Construtora

Norberto Odebrecht S.A), 08700.005045/2016-61 (Compromissário: Carioca Christiani Nielsen Engenharia S.A), 08700.005078/2016-19 (Compromissário: Construtora Norberto Odebrecht S.A), 08700.007077/2016-09 (Compromissário: Odebrecht Participações e Investimentos S.A), 08700.007078/2016-45 (Compromissário: Carioca Christiani Nielsen Engenharia S.A), 08700.008066/2016-38 (Compromissário: Carioca Christiani Nielsen Engenharia S.A), 08700.008074/2016-84 (Compromissário: Construtora OAS S.A), 08700.008158/2016-18 (Compromissários: Construtora Norberto Odebrecht S.A e Carlos José Vieira Machado da Cunha), 08700.008159/2016-62 (Compromissário: Construtora Norberto Odebrecht S.A), 08700.008223/2016-13 (Compromissário: Construtora OAS) e 08700.008245/2016-75 (Compromissário: Andrade Gutierrez Engenharia S.A).

[5] Ver **“Por R\$ 897 mi, Cade encerra investigações contra empreiteiras da Lava Jato”**, disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/concorrenca/por-r-897-mi-cade-encerra-investigacoes-contras-empresiteiras-da-lava-jato-21112018>; e **“Cade celebra acordos em investigações da Lava Jato”**, disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordos-em-investigacoes-da-lava-jato>.

[6] Destaca-se que os Conselheiros João Paulo Resende e Cristiane Alkmin rejeitaram as propostas de TCC e votaram contra a homologação.

[7] OCDE. **Relationship Between Public And Private Antitrust Enforcement**. Alemanha. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)21&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)21&docLanguage=En). 2015.

[8] OCDE. **Relationship Between Public And Private Antitrust Enforcement**. Reino Unido. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)8&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)8&docLanguage=En). 2015.

[9] **Guia: Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel**. Maio de 2016. Atualizado em setembro de 2017. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17

[10] **Guia para Programas de Compliance**. Janeiro de 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf

[11] Nesse sentido, Vinícius Marques de Carvalho: “Cumpra salientar a importância da edição de um guia de dosimetria das penas a serem aplicadas pelo Cade, instrumento capaz de traduzir de maneira mais técnica a necessidade em se estabelecer um padrão de aferimento do dano de modo.” *In* Com mudanças em sua formação, Cade consolidou atuação antitruste do Brasil. Revista Consultor Jurídico, 31 de dezembro de 2017. Ver também artigo publicado pelo Conselheiro João Paulo de Resende no livro “Evolução Antitruste no Brasil”, organizado por Celso Campilongo e Roberto Pfeiffer, de título “Ainda falta um Guia de Dosimetria”.

AMANDA ATHAYDE – Professora Doutora Adjunta de Direito Empresarial na Universidade de Brasília (UnB) e de Direito Econômico e da Concorrência no Instituto de Direito Público Brasiliense (IDP). É Doutora em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP), Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e em Administração de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pelo Centro Universitário UNA. Foi aluna da Université Paris I – Panthéon Sorbonne, e é autora de livro, de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Empresarial, da Concorrência e Econômico. É servidora pública de carreira do executivo federal, Analista de Comércio Exterior do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (MDIC), tendo atuado na negociação de acordos internacionais para cooperação e facilitação de investimentos. De 2013 a 2017, foi Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (SG/Cade) e Coordenadora do Programa de Leniência Antitruste, referente a casos de cartel. Em 2017 Amanda se tornou Chefe de Gabinete do Ofício do Ministério Público Federal junto ao Cade (MPF/CADE), elaborando pareceres em processos de direito da concorrência e auxiliando investigações criminais e na cooperação jurídica internacional.

www.amandaathayde.com.br

ISABELA MAIOLINO – Mestranda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Foi Assistente e Coordenadora-Substituta da Superintendência-Geral do CADE, tendo atuado com investigação de cartéis internacionais, condutas unilaterais e instrução de atos de concentração, de 2015 a 2018. Diretora de Publicações da rede Women in Antitrust Brasil (WIA).

Os artigos publicados pelo JOTA não refletem necessariamente a opinião do site. Os textos buscam estimular o debate sobre temas importantes para o País, sempre prestigiando a pluralidade de ideias.