Ministério da Justiça
Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

CADE/MJ Fls. 4619

Requerimento no Processo Administrativo nº 08012.002493/2005-16

Representantes:	Confederação Nacional da Agricultura – CNA; Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural da Câmara dos Deputados.
Representados:	Friboi Ltda (atualmente JBS S/A); Wesley Mendonça Batista e Artemio Listoni
Advogados:	Rubens Approbato Machado e José Marcelo Proença
Relator:	Conselheiro **Luis Fernando Schuartz**

RELATÓRIO

1. Trata-se de petição protocolada em 6 de julho de 2007 (08700.002906/2007-68), pelos representados Friboi Ltda, Wesley Mendonça Batista e Artemio Listoni, na qual os mesmos solicitam a apreciação de pedido de negociação de termo de cessação de conduta nos autos do processo administrativo acima referido, conforme disposto no art. 53 da Lei nº 8.884/94, com as alterações trazidas pela Lei nº 11.482/07.

2. Em 11 de setembro de 2007, por meio do Despacho nº 5/LFS/2007, foi declarado aberto o prazo de trinta dias para negociação dos termos do referido compromisso de cessação de conduta. O prazo de negociação foi prorrogado por mais trinta dias pelo Despacho nº 16/LFS/2007, de 16 de outubro de 2007.

3. Em 19 de novembro de 2007, por meio do Despacho nº 26/LFS/2007, foi declarado concluído o período de negociação e determinada a inclusão em pauta do requerimento para julgamento pelo Plenário do CADE da versão final do compromisso, em consonância com o disposto no art. 129-F, do Regimento Interno do CADE.

É o relatório.

Brasília, 20 de novembro de 2007.

LUIS FERNANDO SCHUARTZ
Conselheiro-Relator

CADE/NÚCLEO
Fls. 4615

Ministério da Justiça
Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

Requerimento no Processo Administrativo nº 08012.002493/2005-16

Representantes:	Confederação Nacional da Agricultura – CNA; Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural da Câmara dos Deputados.
Representados:	Friboi Ltda (atualmente JBS S/A); Wesley Mendonça Batista e Artemio Listoni
Advogados:	Rubens Approbato Machado e José Marcelo Proença
Relator:	Conselheiro **Luis Fernando Schuartz**

VOTO

I – Do requerimento

1. Trata-se de petição juntamente protocolada no dia 6 de julho de 2007 no âmbito do processo administrativo 08700.002906/2007-68, pelos representados Friboi Ltda, Wesley Mendonça Batista e Artemio Listoni, na qual os mesmos solicitam a apreciação de pedido de negociação de termo de cessação de conduta nos autos do processo referido, conforme disposto no art. 53 da Lei nº 8.884/94, com as alterações trazidas pela Lei nº 11.482/07.

2. O processo administrativo foi instaurado em desfavor de uma série de frigoríficos e pessoas físicas ligadas a estes, dentre as quais a Friboi Ltda., cuja atual denominação é JBS S/A, e os Srs. Wesley Mendonça Batista, administrador da Friboi Ltda. à época da instauração do processo, e Artemio Listoni, funcionário da Friboi Ltda. O mencionado processo objetiva apurar a existência de acordo entre as empresas frigoríficas constantes do pólo passivo com a finalidade de restringir e prejudicar a livre concorrência no setor de abate de gado bovino em várias regiões do país. Segundo o relatório elaborado pela SDE, "*a restrição à livre concorrência promovida pelas empresas advém de diversos comportamentos anticompetitivos, mas principalmente da edição concertada de uma tabela de classificação de gado bovino, acordada em reunião realizada em São José do Rio Preto/SP em 24 de janeiro de 2005. Tal tabela tinha por objetivo uniformizar os critérios de aquisição do gado bovino por meio de deságio no preço pago ao pecuarista conforme o peso e características do animal*". A conduta investigada seria passível de enquadramento no art. 20, incisos, I, II e IV c/c art. 21, incisos I, II e IX, da Lei n.º 8.884/94.

CADE Fls. 4616

3. Em 11 de setembro de 2007, por meio do Despacho nº 5/LFS/2007, declarei aberto o prazo de trinta dias para a negociação dos termos dos compromissos de cessação de conduta ("TCC's"). O prazo de negociação foi prorrogado por mais trinta dias pelo Despacho nº 16/LFS/2007, ocasião em que determinei às requerentes a apresentação de proposta escrita dos três termos, de acordo com o disposto no art. 129-A do Regimento Interno do CADE, com nova redação dada pela Resolução do CADE nº 46, de 6/9/2007, tendo sido deferido, a pedido das proponentes, o tratamento confidencial aos termos das propostas durante a fase de negociação.

4. Após realizar diversas reuniões com representantes dos requerentes e membros do CADE, as propostas iniciais apresentadas para deliberação pelo Plenário evoluíram para as minutas de TCC anexas a este despacho, sobre as quais são apresentadas as seguintes considerações.

II – Considerações sobre as minutas finais dos TCC's

II.1. Legalidade

5. As minutas de TCC satisfazem as condições de legalidade estabelecidas na legislação aplicável, dado que:

(i) Não foi celebrado, no âmbito deste processo administrativo, acordo de leniência, não havendo portanto exigência de reconhecimento de culpa por parte de quaisquer das compromissárias (cf. art. 129-G, Resolução CADE 46/2007);

(ii) As compromissárias assumiram a obrigação de fazer cessar a prática e seus efeitos lesivos;

(iii) A compromissária pessoa jurídica assumiu a obrigação de adotar um programa de prevenção de infrações à ordem econômica;

(iv) Existe previsão de contribuição pecuniária a ser recolhida ao Fundo de Direitos Difusos, incluindo as condições de pagamento e a penalidade por mora ou inadimplência (Cláusulas 3.1 e 3.2 – Friboi - e Anexos I às minutas de TCC's juntadas);

(v) Existe previsão de multa para o descumprimento, total ou parcial, das obrigações assumidas no âmbito do compromisso (cf. Cláusula 6ª das minutas juntadas);

(vi) Os valores definidos para as contribuições pecuniárias da Friboi e das pessoas físicas são superiores ao mínimo legal previsto no art. 23 da Lei 8884/94 (faturamento bruto da sociedade na atividade econômica

CADE/SG Fls. 4617

relacionada ao objeto do processo administrativo, excluídos impostos = R$588.657.099,80)[1];

(vii) As compromissárias estão fazendo uso da faculdade de propositura do compromisso de cessação pela primeira vez no âmbito deste processo administrativo.

6. Deve-se notar que o faturamento bruto usado como base de cálculo para fixação da contribuição da Friboi é igual ao faturamento bruto (monetariamente corrigido até 2007) registrado pela referida empresa com a venda de produtos originados do gado adquirido em condições de suposto cartel, *i.e.*, o gado (de inferior qualidade) objeto das tabelas de desconto supostamente elaboradas de maneira concertada pelas representadas. Não se trata, assim, da receita bruta *total* (líquida de impostos) da *pessoa jurídica*, como seria a regra. As razões que me levaram a considerar como aceitável do ponto de vista jurídico aquele e não este faturamento como base de cálculo para fixação das contribuições vêm expostas a seguir:

(i) O faturamento bruto da sociedade representada, obtido na atividade econômica relativa ao objeto do processo administrativo, é o *mínimo* do conjunto das bases de cálculo juridicamente admitidas, sobretudo no sentido de que a sua utilização, embora seja perfeitamente lícita, não deveria ser tratada enquanto *regra*: ele não assegura "tratamento igualitário" a quem quer que seja, nem aos demais representados que vierem eventualmente a propor outros compromissos, nem tampouco aos representados que vierem eventualmente a ser condenados em processo administrativo no qual um compromissário pôde beneficiar-se da sua aplicação;

(ii) Nos processos administrativos, a identificação do faturamento bruto da *empresa* com o faturamento bruto da *sociedade* deve servir como uma regra que admite *exceções*, havendo diversos precedentes deste Conselho que indicam que o faturamento bruto no mercado afetado ou com a atividade econômica correspondente à infração podem ser, excepcionalmente, utilizados como bases de cálculo para a fixação da sanção pecuniária aplicável ao infrator de acordo com o art. 23 da Lei n.º 8884/94;[2]

---

[1] Cf. Faturamento acostado aos autos confidenciais (requerimento) às fls. 5-7.

[2] Para casos mais recentes, cf. voto condutor do Conselheiro Ricardo Cueva no PA n.º 08012.002097/99-81; ver, também, o voto condutor do mesmo Conselheiro no PA 08012.004599/1999-18; e as decisões do Plenário nos pedidos de revisão relacionados a decisões condenatórias no âmbito do processo referente ao cartel das britas.

CADE
Fls. 4619

(iii) Nos casos de cartel, a regra do faturamento bruto total da sociedade faz mais sentido em se tratando de cartel de *venda*, e não de cartel de *compra*, como é alegadamente o caso neste processo administrativo. A aplicação inflexível da regra nesses casos pode levar a resultados desproporcionais do ponto de vista do dano causado e dos benefícios auferidos pelo agente infrator, pois o insumo adquirido em condições de cartel pode representar um percentual relativamente pequeno, em valor, das compras totais do agente;

(iv) O gado adquirido em condições supostamente de cartel (aquele sobre o qual incide a tabela) representa aproximadamente 13,50% do valor do gado adquirido no período relevante (2004) pela Friboi, podendo-se fazer uso de exceção semelhante à já utilizada pelo CADE para os cartéis de venda, ou seja, a restrição do faturamento ao negócio a que diz respeito o conluio;

(v) A possibilidade de diferenciação entre os tipos de gado supostamente sujeitos e supostamente não sujeitos ao cartel e seus diferentes usos por parte do adquirente garante maior confiabilidade à separação dos faturamentos associados a um e outro tipo e à identificação daquele que deve servir de base de cálculo sobre a qual incidirá o percentual a recolher a título de contribuição;

(vi) A regra usada para essa separação foi extremamente conservadora do ponto de vista da Administração Pública, pois partiu da premissa de que a receita obtida por unidade de gado adquirido sem o desconto da tabela (*i.e.*, o gado de melhor qualidade) seria *igual* à receita obtida por unidade de gado adquirido com o desconto da tabela (*i.e.*, o gado de pior qualidade). Trata-se de uma regra de três simples, cuja forma é dada pela seguinte expressão: Faturamento bruto associado ao gado adquirido com tabela = [(Quantidade de gado adquirida com tabela) x (faturamento bruto total da sociedade)] ÷ (Quantidade total de gado adquirida); e

(vii) O benefício estimado auferido pela proponente foi inferior ao valor da contribuição pecuniária: o valor que teria sido pago, *sem* desconto, pelas cabeças de gado adquiridas com a tabela, teria sido cerca de 15 milhões de reais superior ao valor efetivamente pago. Na medida em que *algum* desconto teria sido negociado pela proponente na compra do gado de pior qualidade, o ganho associado ao suposto cartel muito provavelmente é bem inferior à contribuição pecuniária acordada de cerca de R$ 13.500.000,00.



II.2. Conveniência e Oportunidade

7. A análise da conveniência e oportunidade da proposta deve, a meu ver, ser realizada a partir de um critério *consequencialista* de decisão, *i.e.*, da valoração das conseqüências associadas à decisão de celebrar os TCC's e à decisão de não celebrar os TCC's tal como se apresentam, tratando-se a decisão de celebrar os TCC's como conveniente e oportuna do ponto de vista da Administração Pública se e somente se as conseqüências esperadas a ela associadas forem, *desse* ponto de vista, exclusivamente, "estritamente preferíveis" às associadas à decisão de não celebrá-lo.

8. É importante explicitar que a comparação adequada para fins do juízo de conveniência e oportunidade pelo CADE no presente caso é aquela entre as conseqüências associadas a *somente* duas alternativas de decisão ora colocadas diante do Plenário, a saber, a decisão de celebrar o TCC *nos termos constantes da minuta final*, e a decisão de não celebrar o TCC, *ou seja*, de litigar administrativa e judicialmente contra a proponente até a decisão definitiva sobre o caso. Com efeito, dado que a propositura de um TCC por parte de uma representada em um processo administrativo só pode ser realizada uma única vez e que o conjunto de alternativas posto diante do Plenário compõe-se de somente dois elementos, ({aceitar a proposta nos seus termos, não aceitar a proposta nos seus termos}), seria não somente irracional, mas também contrário aos interesses da Administração, rejeitar-se a proposta sob o argumento de que haveria outra *proposta* que lhe seria preferível, pois esta simplesmente não seria uma opção *factível* para a Administração. É verdade que restaria ainda a alternativa abstrata de uma futura transação judicial *supondo* a prévia condenação administrativa. Contudo, como mostrarei adiante, o critério sugerido para a construção de uma ordem de preferências sobre o conjunto das conseqüências associadas às decisões de celebrar ou não um TCC está sendo definido de forma a tornar, para a Administração, os benefícios associados a uma hipotética escolha por litigar administrativamente, para então transigir judicialmente, *suficientemente próximos* aos benefícios associados à escolha por celebrar o TCC.

9. A conclusão pela conveniência e oportunidade da decisão de fazer os TCC's no caso concreto não decorre, portanto, de uma comparação hipotética entre as minutas colocadas à deliberação do Plenário e minutas presumivelmente ideais aos olhos de quem quer que seja. Ao invés disso, ela decorre de uma resposta afirmativa à seguinte questão: celebrar o TCC tal como proposto é preferível a não celebrar o TCC tal como proposto, vale dizer, a continuar litigando contra a proponente até um julgamento definitivo por parte do Poder Judiciário? O critério empregado na análise que conduziu a essa resposta afirmativa está centrado no cálculo do *valor presente da sanção esperada* – VPSE, cujo significado vem explicado a seguir.

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. Note-se que o cálculo da sanção esperada tal como definida envolve o recurso a "probabilidades" em dois momentos e sentidos distintos. Em um primeiro momento, tem-se a identificação das sanções "em princípio mais prováveis" para o tipo da conduta que está sendo investigada, que consiste na listagem de um pequeno conjunto de percentuais possíveis para a determinação da sanção pecuniária prevista no art. 23 da Lei 8884/94 em função da sua maior freqüência nos casos passados similares mais recentes, por exemplo, os percentuais de 15% e 20% na hipótese de condenação, e 0% na de não condenação em cartéis *hard core*.

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.

12. Essas probabilidades de aplicação de cada uma das sanções tratadas como relevantes para a espécie de infração considerada referem-se à decisão final de mérito *no âmbito do Poder Judiciário*, pressupondo uma probabilidade de 100% de condenação pelo CADE e uma probabilidade de 100% de recurso ao Judiciário pela parte após a condenação. Trata-se, portanto, das probabilidades *condicionais* de imposição de cada uma das sanções em questão pelo juiz, *dadas* as prévias condenações do CADE e proposição de ação judicial pela pessoa condenada. É essa dupla pressuposição que explica por que a decisão de fazer o TCC poderia ser vista, do ponto de vista dos benefícios da Administração Pública e em princípio, como suficientemente próxima à decisão de realizar a transação em juízo após a condenação administrativa – ainda que, como veremos, do ponto de vista dos *custos* da Administração celebrar o TCC seja preferível a litigar para então transigir no Judiciário, e será tanto mais preferível quanto menor o tempo decorrido no processo até o momento da celebração do TCC.

CADE
Fls. 4621

13. As probabilidades utilizadas na segundo etapa do cálculo da sanção esperada não são "objetivas" no sentido de dizerem respeito a eventos aleatórios estruturalmente análogos ao lançamento de uma moeda ou o giro de uma roleta não-viesadas, ou seja, eventos cujas freqüências relativas permaneçam estáveis quando repetidos um número suficientemente elevado de vezes (as decisões judiciais de mérito em ações contra decisões condenatórias do CADE não são, em sentido técnico, interpretáveis como experimentos aleatórios bem-definidos). Por outro lado, elas tampouco são "subjetivas" no sentido de representarem os "graus de confiança" pessoais e idiossincráticos do indivíduo responsável pela decisão de aceitar ou não uma proposta inicial de compromisso, acerca das possibilidades de decisão colocadas posteriormente a um magistrado na hipótese de não aceitação e de condenação administrativa do proponente. Ainda que expressem, irremediavelmente, graus subjetivos de confiança na realização de eventos incertos, tais juízos de probabilidade contêm, como premissas de uma decisão da Administração que deve poder prestar contas à coletividade quanto à sua adequação jurídica (mais precisamente, a sua conveniência e oportunidade), uma pretensão de objetividade, e devem basear-se na medida do possível em observações sobre fatos passados.

14. O cálculo da sanção esperada, contudo, é condição necessária mas insuficiente para a comparação entre as conseqüências associadas às decisões de celebrar ou não celebrar um TCC. Com efeito, a decisão final de mérito no âmbito do Poder Judiciário não somente é um evento *incerto*, mas é também um evento *futuro*. Se os benefícios associados a uma e outra alternativa de decisão devem ser efetivamente comparáveis, é necessário que sejam ambos trazidos ao mesmo instante do tempo através da aplicação de um fator de desconto que reflita a perda de valor das quantias monetárias pagas a título seja da sanção imposta pelo CADE, seja da contribuição pecuniária a recolher como conseqüência da celebração do TCC. A efetiva comparação entre os ganhos associados ao pagamento da contribuição pecuniária *no presente* e ao pagamento da multa *no futuro* requer, deste último, o cálculo do valor presente, *i.e.*, o VPSE.

15. A Planilha A anexa ao despacho apresenta, resumidamente, a estrutura do raciocínio envolvido no cálculo do VPSE em um caso genérico. Essa estrutura é uma simplificação, minimamente operacional para servir de diretriz em processos de aplicação do direito, de um complexo procedimento analítico que, na realidade, pode envolver um conjunto muito maior de variáveis capazes de influir sobre a definição dos estados da natureza relevantes e respectivas probabilidades. Por isso, ele não é um método que esteja sendo apresentado como "ótimo" em qualquer sentido. Entretanto – e para me valer da famosa expressão de Herbert Simon –, trata-se de um método "satisfatório" diante das informações disponíveis e do atual estágio do desenvolvimento institucional com respeito à negociação de TCC's com previsão de contribuição pecuniária. A pretensão é que o método funcione como um standard inicial, ajustável dinamicamente à medida em que progridam o conhecimento e a experiência acumulados do CADE na direção da definição de "níveis de aspiração" mais ambiciosos.

16. O VPSE, apropriadamente calculado, deve servir como ponto focal para negociações de compromissos de cessação e avaliação de propostas levadas à deliberação do Plenário – sujeito a certas qualificações. O VPSE não deveria *necessariamente* ser tomado como o *limite inferior* do conjunto dos acordos convenientes e oportunos para a Administração em um caso concreto. Em algumas situações tal limite estará abaixo do VPSE e em outras situações ele estará acima do VPSE. A posição do limite inferior do conjunto dos TCC's convenientes e oportunos para a Administração Pública com relação ao VPSE dependerá, essencialmente, de duas variáveis, a saber, **(i)** a magnitude da *economia de custos sociais* viabilizada pela decisão de celebrar o TCC comparativamente à decisão de não celebrá-lo (incluindo principalmente, mas não apenas, os custos públicos incorridos até uma decisão final de mérito, mas também, os custos associados à alocação de recursos privados para a continuação do litígio e não para fins mais produtivos – supondo a mudança de padrão de comportamento concorrencial assumida como obrigação pela empresa ao fazer o TCC); e **(ii)** a magnitude das *externalidades positivas* geradas pela realização do TCC em termos: **(a)** do imediato desalinhamento de interesses que pode provocar entre a compromissária e as demais representadas no processo administrativo – supondo a pré-existência do cartel; **(b)** das sinalizações positivas para todos os demais agentes econômicos que não são parte do processo quanto à eficácia no *enforcement* da legislação de defesa da concorrência; e **(c)** da desobstrução dos caminhos a percorrer por outros agentes públicos na persecução e punição dos demais membros do cartel e por agentes privados na reparação dos prejuízos sofridos em virtude do seu funcionamento. Quanto maiores essas duas magnitudes, maior poderá ser a diferença entre o VPSE e o valor da contribuição juridicamente justificável para a celebração do acordo.

17. Em propostas de TCC's que, como as atuais, **(i)** não contêm reconhecimento de culpa ou renúncia a direito subjetivo em benefício de órgãos do SBDC, mas incluem programas estruturados e críveis de prevenção de infrações à ordem econômica (com regime de livre acesso), bem como alguma forma de cooperação com a SDE na prestação de informações que contribuam para o bom andamento da instrução com relação às demais representadas; **(ii)** a propositura do compromisso pela parte se dá logo após instaurado o processo; e **(iii)** o TCC é o primeiro a ser proposto, sua celebração deve, a meu ver, estar condicionada ao pagamento de um valor a título de contribuição pecuniária "suficientemente próximo" ao VPSE (obviamente, está-se falando do limite inferior do "intervalo de conveniência", não do TCC de *máximo* benefício líquido para a Administração *se* aceito pela contraparte). O motivo para não se exigir, neste caso, a igualdade entre valor da contribuição e VPSE está em que, presumivelmente, fazer o acordo nesses termos ainda seria preferível a continuar litigando, já que os benefícios sociais *líquidos* associados à primeira decisão ainda seriam aparentemente superiores aos benefícios sociais *líquidos* associados à segunda decisão: os benefícios seriam possivelmente próximos nesses dois casos, mas os custos seriam muito menores com o acordo.

18. A limitação no conjunto de alternativas de decisão para fins do juízo de conveniência e oportunidade em relação a uma proposta de TCC e o recurso a um ponto focal explícito como o VPSE garantem racionalidade à discussão e evitam as armadilhas conceituais e as

tentativas estratégicas de manipulação que inevitavelmente ocorreriam se permitíssemos o contrabando de visões particulares sobre o interesse público para dentro do processo de decisão. Por exemplo, dado que a comparação adequada não é entre a decisão de fazer o TCC e a decisão de fazer o acordo "ótimo", mas entre a de fazer o TCC e a de litigar até a decisão final de mérito no âmbito do Poder Judiciário, pode-se recolocar sobre bases mais produtivas a difícil questão acerca da relevância da confissão de culpa enquanto condição para a celebração de um TCC.

19. Salvo nas hipóteses de pré-existência de acordo de leniência, a lei atribuiu ao CADE a prerrogativa de decidir, discricionariamente, os casos em que a celebração do TCC será ou não condicionada ao reconhecimento de culpa por parte do proponente (art. 129-G da Resolução CADE n.º 46/2007). Quando a confissão de culpa do proponente é relevante a ponto de tornar a decisão de não realizar o TCC e prosseguir litigando até a decisão final de mérito estritamente preferível a celebrar o TCC (supondo uma contribuição pecuniária satisfatória)? A meu ver, não há ainda uma boa resposta *genérica* para essa pergunta, uma vez que ela só será trazida pela experiência com TCC's previamente feitos e observações dos seus impactos em termos da interação dinâmica entre o aumento esperado das multas impostas aos agentes que decidem *não* celebrá-los da forma desejada pela Administração, e a propensão dos demais agentes a aceitar as condições exigidas pela mesma em futuras negociações.

20. À medida então que for se afirmando a maturidade institucional dos órgãos do SBDC e consolidando a confiança da coletividade no respeito às garantias e direitos de pessoas físicas e jurídicas que decidem oferecer sua colaboração às autoridades, o natural é surgir dessa interação dinâmica um círculo virtuoso no qual, ao aumento do número de TCC's, siga-se o aumento dos VPSE's; ao aumento dos VPSE's, siga-se o aumento da propensão dos agentes envolvidos em cartéis a fazer TCC's mais vantajosos para a Administração e o aumento no número de TCC's mais severos, e assim por diante, até o ponto em que se generalize e se normalize a expectativa de que a exigência do reconhecimento de culpa *be part of the deal* (como parece ser o caso nas jurisdições mais desenvolvidas). No instante t_0 desse processo evolutivo, não obstante, minha impressão é que a insistência a priori no reconhecimento de culpa como condição para celebração de um TCC seja causa de mais males que benefícios.

21. O argumento que me levou a aceitar como satisfatórios os termos das minutas finais de TCC's trazidas à deliberação do Plenário como anexos ao presente despacho, parte da desnecessidade do reconhecimento de culpa pelas proponentes e limita-se à apresentação das razões pelas quais as contribuições, em conjunto com outras obrigações previstas nas minutas anexas, tornam a celebração dos TCC's como propostos conveniente e oportuna da perspectiva do interesse público. Os detalhes do argumento encontram-se explicitados nos parágrafos subseqüentes.

CADE Fls. 4629

II.2.1. A minuta de TCC relativa à Friboi

22. A demonstração de que o valor da contribuição pecuniária estabelecida na minuta de TCC está suficientemente próximo do VPSE correspondente à Friboi (cf. item **18.** *supra*), não consiste na "descoberta" do VPSE – ou do conjunto de VPSE's – presumivelmente correto. Ao invés disso, a prova procede indiretamente, partindo do valor da contribuição para o VPSE e não o inverso. A minuta de TCC prevê o pagamento de uma contribuição pecuniária no valor de R$13.761.944,44 (treze milhões, setecentos e sessenta e um mil, novecentos e quarenta e quatro reais, e quarenta e quatro centavos). Supondo-se que uma contribuição pecuniária conveniente e oportuna da perspectiva da Administração Pública seja aquela de valor suficientemente próximo ao VPSE, e que referido atributo se verifica se e somente se tal valor é, no máximo, 10% inferior ao VPSE, segue-se logicamente que o valor da contribuição prevista será suficientemente próximo ao VPSE se e somente se o VPSE correspondente, neste processo, à Friboi, for igual ou inferior a aproximadamente R$15.100.000,00 (quinze milhões e cem mil reais). Do contrário, o valor da contribuição pecuniária terá sido insatisfatório, *i.e.*, o referido valor não será suficientemente próximo ao VPSE relevante para o caso.

23. O método para verificação dessa condição necessária e suficiente, *sem* a pretensão da estimativa do "verdadeiro" VPSE para o caso, compõe-se de duas etapas. Na *primeira*, identifica-se o percentual que, multiplicado pelo faturamento bruto da Friboi referente a 2004 – líquido de impostos e atualizado –, mais aproximaria R$15.100.000,00 *enquanto valor presente* de uma sanção a ser aplicada pelo Poder Judiciário em algum momento do futuro. Assumindo-se que esse momento do futuro ocorrerá após 84 meses de tramitação de um processo judicial, um cálculo relativamente simples (com o auxílio da Planilha A apresentada em anexo) pode mostrar que o valor em questão é, aproximadamente, igual a 2,25%, *i.e.*, que o valor da contribuição definido no TCC seria suficientemente próximo ao valor presente de uma sanção de 2,25% do faturamento da empresa, a pagar após 84 meses de duração do processo (com 100% de certeza). A transição à *segunda* etapa dá-se com a imposição da restrição $p_1 s_1 + p_2 s_2 + \ldots + p_n s_n \leq 0,0225$ ($p_i \geq 0, \forall i \in \{1,\ldots,n\}$, $\sum_{i=1}^{n} p_i = 1$, e $0 \leq s_i \leq 0,3, \forall i \in \{1,\ldots,n\}$) e, por fim, o teste numérico dessa desigualdade com relação a combinações juridicamente plausíveis de valores para as probabilidades (os p's) e sanções (os s's). Havendo uma amostra pequena mas razoável de combinações para as quais a desigualdade acima for satisfeita, minha sugestão é que se trate como aceitável a suposição de que o VPSE seja um dos elementos do conjunto de todas as combinações que satisfazem essa desigualdade, *i.e.*, um elemento do conjunto de todos os pares $(\mathbf{p}, \mathbf{s})$[3] tais que $\sum_{i=1}^{n} p_i s_i \leq 0,0225$.

[3] Os elementos dos pares são vetores com n coordenadas. Ilustrativamente, no primeiro exemplo abaixo, $\mathbf{p}$ = (25%, 50%, 20%, 5%) e $\mathbf{s}$ = (0%, 1%, 5%, 10%).

24. Por exemplo, a condição enunciada no final do parágrafo precedente é satisfeita para a combinação (v. a respeito a primeira coluna da Planilha B anexa ao presente despacho): ((25%, 50%, 20%, 5%), (0%, 1%, 5%, 10%)), ou seja, na qual há 25% de probabilidade de não condenação pelo Judiciário, 50% de probabilidade de condenação a uma multa de 1%, 20% de probabilidade de condenação a uma multa de 5%, e 5% de probabilidade de condenação a uma multa de 10% do faturamento bruto da empresa (atualizado até 2007 e excluídos os impostos). Outras combinações possíveis (v. demais colunas da Planilha B) seriam ainda ((20%, 60%, 10%, 10%), (0%, 1%, 5%, 10%)); ((10%, 60%, 30%, 0%), (0%, 1%, 5%, 10%)) e (15%, 65%, 15%, 0%, 5%),(0%, 1%, 5%, 10%, 15%)), a última, vale mencionar, com previsão para uma sanção pecuniária de 5% do faturamento bruto da empresa com probabilidade de 15%.

25. Note-se que o centro de gravidade das combinações apresentadas acima é dado pela multa de 1%. É a ela que sempre atribuiu-se maior peso em todos os exemplos. Isso me pareceu bastante razoável em razão **(i)** da inexistência de reincidência neste caso; **(ii)** da menor gravidade da infração; **(iii)** da força do conjunto probatório que se apresenta contra a proponente; e **(iv)** da presença de circunstâncias *possivelmente* atenuantes, como a de não se tratar, aparentemente, de conduta concertada que tivesse gerado uma significativa perda de bem-estar social, sobretudo em razão da existência de possíveis justificativas em termos de *ganhos de eficiência* para a elaboração – inclusive coordenada – de tabelas de *classificação de gado* (ainda que não, obviamente, de uma tabela *correspondente* para os respectivos *preços relativos*), e de o benefício estimado auferido pela proponente ter sido bastante reduzido.

II.2.2. As minutas relativas às pessoas físicas

26. Quanto às propostas relacionadas às duas pessoas físicas representadas, cabe dizer o seguinte:

(i) na qualidade de funcionário e não de administrador da Friboi à época da prática e dado o conjunto probatório disponível nos autos, entendo que a contribuição a recolher pelo Sr. Artemio Listoni possa limitar-se ao mínimo estabelecido no inciso III do art. 23 da Lei n.º 8884/94, *i.e.*, 6.000 UFIR ou R$ 6.384,60 (seis mil trezentos e oitenta e quatro reais e sessenta centavos);

(ii) na qualidade de administrador da Friboi à época da conduta e dados o conjunto probatório disponível nos autos e o valor a ser recolhido pela pessoa jurídica, entendo que a contribuição a recolher pelo Sr. Wesley Mendonça Batista possa limitar-se ao mínimo estabelecido no inciso II



do art. 23 da Lei n.º 8884/94, *i.e.*, a 10% do valor da contribuição que deverá ser paga pela Friboi ou R$ 1.376.194,44 (um milhão, trezentos e setenta e seis mil cento e noventa e quatro reais e quarenta e quatro centavos).

27. Pelo exposto, considero oportunas e convenientes as minutas de TCC, recomendando sua aprovação ao Plenário.

28. É a decisão, que submeto à apreciação e homologação do Plenário nos termos do art. 9º, incisos II e III, da Lei nº 8.884/94.

Os requerentes deram-se por intimados da presente decisão nesta data.

Brasília, 28 de novembro de 2007.

LUIS FERNANDO SCHUARTZ
Conselheiro-Relator