

Guia

Termo de Compromisso
de Cessação para casos
de cartel

Versão Preliminar

Janeiro/2016



Ministério da Justiça
Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Guia: Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel

Superintendência-Geral do Cade
SEPN 515 Conjunto D, Lote 4, Ed. Carlos Taurisano
Cep: 70770-504 – Brasília/DF
www.cade.gov.br

Coordenação:

Eduardo Frade Rodrigues

Diogo Thomson de Andrade

Marcela Campos Gomes Fernandes

Fernanda Garcia Machado

Ravvi Augusto de Abreu C. Madruga

Edição e Planejamento Gráfico:

Assessoria de Comunicação Social

Revisão:

Vinicius Marques de Carvalho

Victor Santos Rufino

Alexandre Cordeiro Macedo

João Paulo Resende

Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt

Márcio de Oliveira Júnior

Paulo Burnier da Silveira

Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo

Colaboradores internos:

Amanda Athayde Linhares Martins

Ademir Picanço de Figueiredo

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
INTRODUÇÃO	6
I. DA COLABORAÇÃO	9
I.1 Da amplitude e utilidade da colaboração	10
I.1.1 Identificação dos participantes da infração	11
I.1.2 Apresentação de informações e documentos que comprovem a infração	12
<i>I.1.2.1 Informações que comprovem a infração</i>	<i>12</i>
<i>I.1.2.2 Documentos que comprovem a infração</i>	<i>13</i>
I.2 Do momento processual da colaboração	15
I.3 Do método de quantificação da colaboração para fins de definição do desconto aplicável	16
II. DA CONTRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA	20
II.1 Da definição da lei aplicável	22
II.2 Do cálculo da contribuição pecuniária	23
II.2.1 Do cálculo da contribuição pecuniária para empresas	24
<i>II.2.1.1 Base de cálculo</i>	<i>25</i>
<i>II.2.1.1.1 Regra geral</i>	<i>25</i>
<i>II.2.1.1.2 Parametração para fins de proporcionalidade</i>	<i>25</i>
II.2.1.1.2.1 Parametração com relação ao ramo de atividades descrito na Resolução Cade nº 3/2012	25
II.2.1.1.2.2 Parametração com relação ao ano base do faturamento	26
II.2.1.1.2.3 Parametração com relação ao faturamento em território nacional	27
<i>II.2.1.2 Atualização da base de cálculo</i>	<i>27</i>
<i>II.2.1.3 Alíquota</i>	<i>28</i>
<i>II.2.1.4 Desconto</i>	<i>30</i>
<i>II.2.1.4.1 Conjugação dos descontos de TCC e Leniência Pus</i>	<i>31</i>
II.2.2 Do cálculo da contribuição pecuniária para pessoas físicas	32
<i>II.2.2.1 Administradores de empresas</i>	<i>32</i>
<i>II.2.2.2 Demais pessoas físicas (não administradores)</i>	<i>33</i>
<i>II.2.2.3 Pessoas físicas em "cláusula de adesão"</i>	<i>34</i>

<i>II.2.2.4 Pessoas físicas em "cláusula guarda-chuva"</i>	35
II.3 Da forma de pagamento da contribuição pecuniária	36
III. DO RECONHECIMENTO DE PARTICIPAÇÃO NA CONDUTA INVESTIGADA, DA OBRIGAÇÃO DE NÃO VOLTAR A PRATICÁ-LA E OUTRAS MEDIDAS	37
IV. MODELOS	39

PRELIMINAR

APRESENTAÇÃO

O presente Guia de negociação de Termo de Compromisso de Cessação ("TCC") consiste em um documento consolidado com as melhores práticas e procedimentos usualmente adotados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("Cade") para negociação de TCCs em casos de cartel, com o objetivo de registrar a memória institucional e servir de referência para negociações futuras, norteando servidores, advogados e sociedade nos procedimentos dessa relevante atividade para a política de defesa da concorrência.

Deve-se registrar que, embora o presente Guia trate apenas dos procedimentos de negociação de TCC em casos de cartel, o TCC constitui instrumento apto a ser utilizado em investigações de outras infrações à ordem econômica previstas na Lei nº 12.529/2011. Os parâmetros dessas negociações, no entanto, não estão necessariamente pautados pelos mesmos trâmites e critérios aqui descritos.

É importante destacar, ainda, que este documento não é vinculativo e não possui o caráter de norma (ou seja, não altera dispositivos do Regimento Interno do Cade - RICade). As práticas e procedimentos aqui descritos podem ser alterados a juízo de conveniência e oportunidade do Cade, a depender das circunstâncias do caso concreto.

A estrutura do presente Guia será baseada nos principais requisitos para a celebração de TCC nos termos dos artigos 85 da Lei nº 12.529/2011 e 184 a 189 do RICADE:

- (I) Da colaboração;
- (II) Da contribuição pecuniária;
- (III) Do reconhecimento de participação na conduta investigada, da obrigação de não voltar a praticá-la e outras medidas; e
- (IV) Principais modelos de acordos utilizados pelo Cade em suas negociações de TCC.

Registre-se, finalmente, que os TCCs celebrados conforme os parâmetros a seguir expostos não vinculam o Cade quanto aos parâmetros e critérios de decisão e cálculo de multa dos demais Representados de um processo.

INTRODUÇÃO

Previsto no art. 85 da Lei nº 12.529/2011, o Termo de Compromisso de Cessação (“TCC”) consiste em uma modalidade de acordo celebrado entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) e as empresas e/ou pessoas físicas investigadas por infrações à ordem econômica a partir qual a autoridade antitruste anui em suspender o prosseguimento das investigações em relação ao(s) Compromissário(s) de TCC enquanto estiverem sendo cumpridos os termos do compromisso, ao passo que o(s) Compromissário(s) se compromete(m) às obrigações por ele expressamente previstas.

A regulamentação do procedimento de negociação de TCC encontra-se prevista no RICade em seus artigos 184 e seguintes. Pela norma, enquanto os autos não forem encaminhados ao Tribunal do Cade para julgamento, o TCC deverá ser proposto perante a Superintendência-Geral do Cade (“SG/Cade”). Se os autos já estiverem no Tribunal do Cade para julgamento, a proposta é negociada perante o Conselheiro-Relator do processo.

As propostas são recebidas, em fila única entre SG/Cade e Tribunal, por meio de um sistema de senhas (“*markers*”), que considera a ordem de apresentação dos interessados perante a autoridade responsável pela instrução do processo. Após o recebimento da certidão contendo sua senha, o interessado deve protocolar, no prazo de 5 (cinco) dias, o Requerimento de TCC declarando formalmente seu interesse em iniciar negociações para celebração de um acordo. O descumprimento do prazo enseja perda da validade de certidão que contém a senha do interessado.

Protocolada manifestação do interessado em celebrar TCC perante a SG/Cade, o Superintendente-Geral determinará um prazo para as negociações, que, regra geral, é de 60 (sessenta dias), prorrogáveis por outros períodos em razão das particularidades do caso concreto. Tratando-se de TCC protocolado perante o Tribunal, o período de negociação é de 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado pelo Conselheiro-Relator por igual período.

Para as negociações, é constituída uma “Comissão de Negociação”, composta por no mínimo 3 (três) servidores que conduzem as negociações e encaminham o requerimento ao Tribunal do Cade com sugestão de homologação ou rejeição da proposta. Nos termos do art. 179, §3º do RICade, pode ser deferido tratamento de acesso restrito aos termos da proposta, ao andamento processual e ao processo de negociação.

Especificamente para os casos de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes (como são os casos de cartel, objeto do presente Guia), o TCC deve observar os seguintes requisitos:

- (i) quando o TCC for protocolado perante a SG/Cade, colaboração do compromissário com a instrução processual, nos termos do artigo 186 do RICade, colaboração essa que deve ocorrer das seguintes formas:
 - a. no momento da negociação e celebração do TCC, mediante relatos contendo informações e documentos que auxiliem a SG/Cade na identificação dos demais participantes da conduta e na comprovação da infração. Os relatos do Proponente são reduzidos a termo em documento denominado Histórico da Conduta ("HC"). O HC contém a descrição da conduta anticompetitiva, conforme entendimento da SG/Cade, com base nas informações e nos documentos apresentados pelo Proponente do TCC. Trata-se de documento elaborado e assinado pela SG/Cade quando da homologação do TCC, não recebendo assinaturas do Proponente ou de seus advogados. O HC tem como anexos os documentos em posse do Proponente que evidenciam seus relatos. A depender das circunstâncias caso concreto, mesmo após homologação do TCC, o HC e seus anexos podem ser tratados como documentos de acesso restrito pelo Cade, caso em que são juntados em autos apartados com vistas exclusivamente aos demais investigados;
 - b. após a celebração do TCC, no decorrer da instrução processual, mediante esclarecimentos que a autoridade vier a solicitar, bem como por meio de auxílios processuais que a autoridade necessite e que estejam ao alcance do Compromissário.
- (ii) pagamento de contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, nos termos dos artigos 85, §1º, III da Lei nº 12.529/2011 e 184, *caput*, do RICade, que é estabelecida com base no valor da multa esperada, sob o qual incide uma redução percentual que varia conforme a amplitude e utilidade da colaboração do compromissário com a instrução processual e o momento da propositura do TCC, de acordo com artigo 187, incisos I, II, III e artigo 188 do RICade, conforme abaixo:
 - a. se o TCC é proposto logo após a instauração de procedimento administrativo e antes de os autos serem remetidos ao Tribunal do Cade

(ou seja, durante a instrução processual na SG/Cade, a contribuição pecuniária é calculada com base na multa esperada, sobre a qual incide:

- i. uma redução de 30% a 50% para o primeiro proponente de TCC;
 - ii. uma redução de 25% a 40% para o segundo proponente de TCC;
 - iii. uma redução de até 25% para os demais proponentes de TCC; e
- b. se o TCC é proposto depois de os autos serem remetidos ao Tribunal do CADE, a contribuição pecuniária é calculada com base na multa esperada, sobre a qual incide uma redução de até 15%.
- (iii) fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas;
- (iv) reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário, nos termos do artigo 185 do RICade;
- (v) especificação das obrigações do proponente do TCC no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, nos termos do §1º do artigo 85 da Lei nº 12.529/2011;

Importa destacar, finalmente, que o TCC, ao contrário do Acordo de Leniência¹, não gera benefícios na seara criminal. Não obstante, caso o interessado em celebrar TCC com o Cade queira também negociar, paralelamente, acordo de colaboração premiada com o Ministério Público e/ou a Polícia Federal (conforme Lei 12.850/2013), a SG/Cade pode auxiliar os proponentes do TCC nessa interlocução.

¹ O Acordo de Leniência é instrumento disponível apenas ao primeiro agente infrator a reportar a conduta anticoncorrencial coletiva (artigo 86, §1º, inciso I da Lei nº 12.529/2011), cujos benefícios, que podem chegar até a imunidade total, são tanto administrativos quanto criminais (artigo 86, §4º c/c artigo 87 da Lei nº 12.529/2011).

I. DA COLABORAÇÃO

A colaboração é requisito para a celebração de TCCs quando o processo ainda estiver em trâmite perante a SG/Cade, conforme está previsto nos artigos 186 e 187 do RICade, *in verbis*:

Art. 186. Tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, a proposta final encaminhada pelo Superintendente-Geral ao Presidente do Tribunal, nos termos do Art. 181, §4º deste Regimento Interno, deverá, necessariamente, contar com previsão de colaboração do compromissário com a instrução processual.

Art. 187. A análise da contribuição pecuniária nas propostas de TCC realizadas nos termos do art. 186 deste Regimento Interno levará em consideração a **amplitude e utilidade** da colaboração do compromissário com a instrução processual **e o momento de apresentação da proposta**, observados, quando possíveis de estimação e caso seja celebrado o TCC, os seguintes parâmetros:

I - redução percentual entre 30% e 50% da multa esperada para o primeiro Representado que propuser TCC no âmbito da investigação de uma conduta;

II - redução percentual entre 25% e 40% da multa esperada para o segundo Representado que propuser TCC no âmbito da investigação de uma conduta;

III - redução percentual de até 25% da multa esperada para os demais Representados que propuserem TCC no âmbito da investigação de uma conduta.

Embora não seja requisito para a celebração de TCC proposto quando os autos já estão no Tribunal do Cade para julgamento, a depender das circunstâncias do caso concreto e de acordo com o juízo de conveniência e oportunidade do Cade, a colaboração também poderá ser exigida nessa fase.

A norma transcrita acima prevê que, na análise da colaboração, serão considerados os fatores da amplitude e da utilidade, bem como o do momento de apresentação da proposta, razão pela qual estes temas serão tratados detalhadamente na Seção I.1 (sobre a amplitude e utilidade da colaboração) e na Seção I.2 (sobre o momento processual da colaboração).

A fim de permitir maior previsibilidade sobre o modo de quantificação da colaboração para fins de definição do desconto aplicável, na Seção I.3 será apresentado método não exaustivo e não vinculativo de parâmetros considerados importantes pelo Cade nessa análise.

Importante destacar que a análise da colaboração deve ser levada em consideração no cálculo dos percentuais de desconto da contribuição pecuniária, e não na definição da multa esperada.

O Cade esclarece que todas as informações e documentos apresentados pelo Proponente no curso das negociações do TCC receberão tratamento confidencial e terão seu acesso restrito aos Proponente, seus advogados e aos servidores do Cade que participarem do processo de negociação. Sendo celebrado o TCC, as informações e os documentos apresentados pelos Proponentes em razão da assinatura do termo poderão ter seu acesso facultado também aos demais Representados no Processo Administrativo e às pessoas autorizadas pelo Cade, nos termos da regulamentação de acesso a informações constante do RICade.

Caso não seja firmado o TCC, as informações e os documentos apresentados no contexto da negociação serão devolvidos aos Proponentes ou destruídos (inclusive informações gravadas em formato eletrônico) e não poderão ser utilizados para quaisquer fins pelas autoridades que a eles tiveram acesso. O disposto não impede que, no curso de investigação em trâmite no Cade, as autoridades utilizem informações e documentos relacionados ao caso que cheguem ao seu conhecimento por qualquer outro meio.

Finalmente, registra-se que, uma vez assinado o TCC, o Proponente deverá permanecer colaborando com a instrução, de modo que a superveniência de novos documentos e informações deverá ser relatada ao Cade, sob pena de descumprimento do acordo.

I.1 Da amplitude e utilidade da colaboração

Quando da análise da amplitude e da utilidade da colaboração apresentada pelo(s) Compromissário(s), o Cade aplica, por analogia, os critérios empregados para análise da colaboração em Acordos de Leniência, previstos na Lei n.º 12.529/2011, quais sejam:

Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que **colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:**

I - a **identificação dos demais envolvidos na infração**; e

II - a obtenção de **informações e documentos** que **comprovem a infração** noticiada ou sob investigação.

Assim, dois são os principais critérios valorados pelo Cade quanto à amplitude e utilidade da colaboração na negociação de um TCC: identificação dos outros participantes da infração (Subseção I.1.1); e apresentação de informações e/ou documentos que comprovem a infração (Subseção I.1.2).

Esses dois critérios são considerados pelo Cade como condições necessárias para celebração de TCC perante a SG/Cade. O interessado em celebrar TCC perante a SG/Cade deverá, portanto, estar apto a entregar à autoridade todos os documentos que tiver em sua posse e todas as informações que tiver conhecimento que possam levar à identificação dos envolvidos e comprovação da infração. A ausência desses requisitos pode ensejar a rejeição da proposta de TCC. Já profundidade da colaboração em relação a esses dois critérios, bem como a apresentação de outras formas de colaboração serão valorados no desconto da contribuição pecuniária, conforme será adiante especificado.

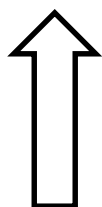
Ressalta-se, novamente, que as práticas e os procedimentos ora descritos podem ser alterados a juízo de conveniência e oportunidade do Cade, a depender das circunstâncias do caso concreto.

I.1.1 Identificação dos participantes da infração

A amplitude e a utilidade da colaboração na negociação de um TCC serão valoradas pelo Cade à medida que o Compromissário identificar os participantes da infração. Assim, o Cade entende que esta colaboração será mais ampla e útil caso traga informações adicionais àquelas já disponíveis na investigação, o que pode ser verificado tanto pela indicação de outras empresas e/ou pessoas físicas até o presente momento não identificadas pelo Cade ou pela indicação de informações sobre as empresas e/ou pessoas físicas já identificadas (ex.: endereço atual, histórico profissional, participação de mercado, participação na conduta etc.).

Importa destacar que o grau de participação na conduta não deverá ser considerado critério para aplicação de desconto, mas será levado em consideração no cálculo da alíquota de multa esperada aplicada.

Nesse sentido, pode-se estabelecer as seguintes faixas crescentes de colaboração no TCC quanto à identificação dos participantes da infração:



Se indica os participantes já identificados pelo Cade e apresenta outras informações sobre outros participantes ainda não identificados; ou

Se apenas indica os participantes já identificados pelo Cade.

I.1.2 Apresentação de informações e documentos que comprovem a infração

I.1.2.1 Informações que comprovem a infração

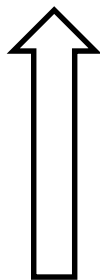
A amplitude e a utilidade da colaboração na negociação de um TCC serão valoradas pelo Cade à medida que o Compromissário apresente informações sobre a investigação, que geralmente são consolidadas pela SG/Cade no documento denominado “Histórico da Conduta” (“HC”), já descrito na introdução desse guia.

O Cade, na avaliação da amplitude e da utilidade da colaboração, entende que tal Histórico da Conduta deve conter idealmente, ao final da negociação, as seguintes informações, listadas em caráter exemplificativo:

- (i) Participação do proponente do TCC e dos demais participantes na infração investigada, especificando o grau de participação de cada envolvido na conduta (vide I.1.1);
- (ii) Funcionamento/dinâmica da conduta anticompetitiva;
- (iii) Duração da conduta anticompetitiva;
- (iv) Modo de implementação dos contatos com concorrentes (reunião, telefonemas, encontros etc.), local e data dos contatos;
- (v) Assuntos abordados nos contatos entre concorrentes;
- (vi) Clientes afetados pela conduta;
- (vii) Efeitos diretos ou potenciais no Brasil, quando aplicável;
- (viii) Produtos/serviços objetos da infração e o funcionamento do mercado afetado.

No caso de informações que contrariem o que já consta do processo, tais informações devem ser minuciosamente explicadas e documentalmente comprovadas. É importante destacar que a mera apresentação de informações que não sejam novas e/ou que em nada contribuam para a investigação poderão ensejar a rejeição da proposta de TCC.

Nesse sentido, pode-se estabelecer as seguintes faixas crescentes de colaboração no TCC quanto à apresentação de informações:



Relato mais abrangente que o da Leniência / fatos de conhecimento do Cade; ou

Relato semelhante ao da Leniência / fatos de conhecimento do Cade; ou

Relato menos abrangente que o da Leniência / fatos de conhecimento do Cade.

1.1.2.2 Documentos que comprovem a infração

A amplitude e a utilidade da colaboração na negociação de um TCC serão valoradas pelo Cade à medida que o Compromissário apresente, também, documentos que comprovem a conduta anticompetitiva objeto da investigação, que podem ser inclusive mencionados no “Histórico da Conduta” (I.1.2.1). A amplitude e a utilidade desses documentos dependerão da sua correlação com as informações prestadas e, principalmente, da capacidade que possuem de demonstrar a infração investigada. Nesse sentido, o Cade esclarece que considera que a apresentação de documentos constitui colaboração crucial. Salvo situações específicas, uma colaboração que contenha apenas relatos não será adequada ou proporcionará desconto razoável, podendo, eventualmente, ensejar rejeição do TCC.

O proponente do TCC deve apresentar todos os documentos que estejam em sua posse e considere hábeis a comprovar a infração denunciada. Alguns dos exemplos de documentos mais comumente recebidos pelo Cade como comprovação da conduta noticiada ou sob investigação são os seguintes:

- (i) e-mails bilaterais entre concorrentes;
- (ii) e-mails unilaterais entre pessoas da mesma empresa, relatando os ajustes entre concorrentes;
- (iii) correspondências entre concorrentes;
- (iv) correspondências unilaterais entre pessoas da mesma empresa, relatando os ajustes entre concorrentes;
- (v) troca de mensagens eletrônicas (SMS, *whatsapp*, etc.) entre concorrentes e/ou contendo informações sobre os ajustes entre eles;
- (vi) anotações manuscritas contendo informações sobre os ajustes entre concorrentes;
- (vii) gravações de conversas entre concorrentes e/ou contendo informações sobre os ajustes na quais o Compromissário seja interlocutor;
- (viii) tabelas contendo informações sobre divisão de mercado, divisão de clientes e/ou divisão de produção entre concorrentes, ou, ainda, indicação de preços e/ou propostas para serem apresentadas por cada um em cotações públicas ou privadas;

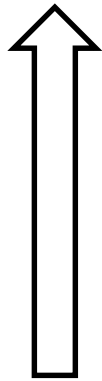
- (ix) agendas contendo registros de encontros entre concorrentes e/ou informações sobre os ajustes entre eles;
- (x) comprovantes gerais de reuniões (atas, compromisso de *outlook*, agendamento de salas, reservas de hotéis, comprovantes de gastos e viagens etc.);
- (xi) extratos telefônicos demonstrando ligações entre concorrentes;
- (xii) cartões de visita;
- (xiii) registros de entrada em prédios;
- (xiv) editais e atas de julgamento de certames; etc.

Importa destacar que, para garantir que os documentos eletrônicos e físicos apresentados pelo proponente do TCC tenham maior valor probatório, é importante tomar cuidados técnicos durante a coleta das evidências. Via de regra, o proponente deve registrar a cadeia de custódia dos documentos eletrônicos e físicos que serão submetidos ao Cade, ou seja, a história cronológica da evidência, apresentando informações específicas do responsável pela coleta.

Além disso, para documentos eletrônicos, o proponente do TCC deve ser capaz de descrever detalhadamente o método de extração das evidências, o qual deverá ser feito, sempre que possível, de forma que melhor garanta a integridade e a cadeia de custódia do material. Ressalte-se que o proponente do TCC deve preservar, sempre que possível, os discos rígidos ou equipamentos originais (de onde foram extraídas as evidências) e/ou sua imagem forense autenticada preservada sem alterações. O Cade avaliará caso a caso os cuidados tomados, para garantir a fidelidade dos documentos ao original. Caso necessite, o proponente poderá solicitar à equipe técnica do Cade informações mais detalhadas sobre métodos de extração de evidências e de descrição de procedimentos.

Ademais, o Cade pode solicitar, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade, a realização de entrevistas com as pessoas físicas proponentes do TCC para obter maiores informações e detalhes a respeito dos documentos apresentados.

Nesse sentido, pode-se estabelecer as seguintes faixas crescentes de colaboração no TCC quanto à apresentação de documentos:



Documentos comprovam a infração e são mais amplos e úteis que os apresentados na Leniência / fatos de conhecimento do Cade; ou

Documentos comprovam a infração; ou

Documentos comprovam a infração em parte; ou

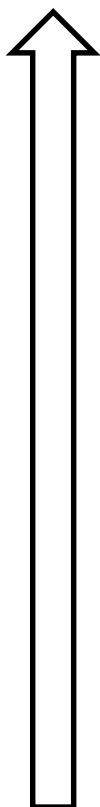
Documentos apresentados não comprovam a infração, mas auxiliam na instrução

I.2 Do momento processual da colaboração

Quando da análise do momento processual de apresentação da proposta de TCC como critério valorado na colaboração apresentada pelo(s) Compromissário(s), o Cade avalia que quanto antes for apresentada a proposta de TCC, maior deverá ser o desconto a ser concedido ao proponente. Isso porque um TCC pode reduzir significativos custos processuais, tanto para a Administração Pública como para o proponente e isso será tão mais verdade quanto mais no início das investigações ele ocorrer. Além disso, um TCC celebrado em fases prematuras do processo, possivelmente, terá maior capacidade de auxiliar na investigação, agregando informações ainda desconhecidas ou pouco compreendidas pela autoridade e, com isso, indicando melhores caminhos de instrução. Como consequência, a própria duração da investigação tenderá a ser menor.²

Nesse sentido, tendo em vistas as fases processuais durante a instrução no SG/Cade, pode-se estabelecer as seguintes faixas crescentes de colaboração no TCC quanto ao momento de sua apresentação:

² Diferentemente, o TCC celebrado em fase processual mais avançada – por exemplo, no Tribunal e com pouca antecedência em relação ao julgamento do caso – tem pouca ou quase nenhuma possibilidade de agregar informações relevantes à instrução. Sua principal utilidade em termos de redução de custos seria atingida especialmente por meio de uma resolução antecipada do processo, evitando futuras disputas judiciais.



TCC apresentado antes da instauração de Processo Administrativo ("PA"):

- TCC apresentado em até 3 meses contados de ações administrativas e/ou judiciais de natureza investigativa, instauração do IA, ou outra forma de conhecimento da existência de investigação pelo Representado;
- TCC apresentado entre o término do prazo acima e a instauração do PA.

TCC apresentado entre a instauração do PA e o término do prazo de defesa:

- TCC apresentado antes da juntada aos autos do comprovante de notificação do Compromissário;
- TCC apresentado entre o término do prazo acima e o fim do prazo de defesa.

TCC apresentado entre o término do prazo de defesa e o despacho de apresentação de novas alegações

- TCC apresentado até 6 meses do encerramento do prazo de defesa;
- TCC apresentado entre o 6º mês posterior ao encerramento do prazo de defesa e o despacho de apresentação de novas alegações.

É importante observar que, nos termos do art. 179 do RICade, somente poderá ser apresentada proposta de TCC perante a SG/Cade até o encaminhamento dos autos ao Tribunal do Cade para julgamento. Conjugando essa previsão regimental com a ideia de que um TCC somente colabora com as investigações enquanto o processo encontra-se em instrução, o Cade esclarece que não aceitará proposta de TCC na SG/Cade após encerrada a instrução processual e aberto o prazo para que os Representados apresentem as alegações previstas no art. 73 da Lei nº 12.529/11. Isso não impede, todavia, que seja apresentado TCC no Tribunal, nos termos e condições previstos no art. 182 e 188 do RICade.

I.3 Do método de quantificação da colaboração para fins de definição do desconto aplicável

Diante de todo o exposto nas Seções I.1 e I.2 *supra*, o Cade esclarece o principal método utilizado e os parâmetros considerados mais importantes pela autoridade para a quantificação da colaboração para fins de definição do desconto aplicável, os quais

são não exaustivos e não vinculativos. Outros fatores não previstos nos método e parâmetros apresentados podem ser utilizados pelo Cade para majorar ou minorar o desconto.

O Cade, ao quantificar a colaboração, parte do mínimo da faixa de desconto em que o Compromissário se encontra, passando em seguida a uma soma de pontos à medida que determinados parâmetros de colaboração são ou não preenchidos. Os descontos mínimos e máximos estão previstos nos artigos 186 e 187 do RICade, já citados neste Guia.

Caso, porém, o conjunto de elementos trazidos como colaboração pelo Compromissário seja considerado insuficiente, o Cade poderá rejeitar a proposta de TCC.

Ainda, destaca-se que o RICade impede que o desconto a ser concedido em um determinado TCC seja superior ao desconto já concedido em um TCC anterior já celebrado no mesmo processo (art. 189 do RICade), especialmente quando há intersecção entre as faixas de desconto.

Nesse sentido, o Cade apresenta, na tabela abaixo, o método que utiliza para a quantificação da colaboração para fins de definição do desconto aplicável no TCC. A tabela indica a quantidade de pontos que o Proponente faz jus, considerando cada parâmetro de colaboração avaliado pelo Cade e também a posição de seu Requerimento de TCC. Cada ponto atribuído à colaboração do Proponente corresponderá a um ponto percentual dentro da faixa de desconto em que se encontra posicionado.

É importante notar que os pontos indicados na tabela são os máximos a que o Proponente poderá fazer jus em cada critério, sendo possível que, a depender da qualidade da colaboração em análise, seja eventualmente atribuída pontuação inferior.

Destaca-se, ainda, que a tabela é apenas indicativa e que, dado o nível de subjetividade inerente às avaliações, o Cade considerará as características de cada caso concreto em suas análises. Além disso, em cada caso concreto, fatores específicos não identificados na tabela poderão eventualmente ser utilizados para majorar ou reduzir o desconto final.

A tabela abaixo contém quatro parâmetros de cálculo: (i) Identificação dos participantes da infração; (ii) Apresentação de informações sobre a infração; (iii) Apresentação de documentos que comprovam a infração; e (iv) Momento processual. Cada parâmetro comportará uma pontuação de 0 até o máximo previsto dentro do parâmetro específico, conforme o proponente seja o primeiro, o segundo ou o terceiro

(e demais).³ A soma dos valores máximos em cada parâmetro corresponde à pontuação máxima prevista para cada proponente.⁴ Uma pontuação mínima corresponde ao desconto percentual mínimo previsto no RICADE para posição de cada proponente segundo a ordem de chegada; uma pontuação máxima corresponde ao desconto percentual máximo para cada proponente.⁵

PARÂMETROS	POSIÇÃO NO REQUERIMENTO DE TCC		
	<u>Primeiro</u>	<u>Segundo</u>	<u>Terceiro e demais</u>
<u>Identificação dos participantes da infração</u>			
Se indica os participantes já identificados pelo Cade e apresenta outras informações sobre outros participantes ainda não identificados; ou	3	2	1
Se apenas indica os participantes já identificados pelo Cade.	0	0	0
<u>Apresentação de informações sobre a infração</u>	<u>Primeiro</u>	<u>Segundo</u>	<u>Terceiro e demais</u>
Relato mais abrangente que o da Leniência ⁶ ou que dos fatos de conhecimento do Cade; ou	4	3	2
Relato semelhante ao da Leniência ou que dos fatos de conhecimento do Cade; ou	2	1,5	1
Relato menos abrangente que o da Leniência ou que dos fatos de conhecimento do Cade.	0	0	0
<u>Apresentação de documentos que comprovam a infração</u>	<u>Primeiro</u>	<u>Segundo</u>	<u>Terceiro e demais</u>

³ Por exemplo, dentro do parâmetro “identificação dos participantes da infração”, o primeiro proponente receberá uma pontuação de 0 a 3; o segundo de 0 a 2; o terceiro de 0 a 1. As pontuações previstas dentro de cada parâmetro não são somadas. Elas vão de 0 até o máximo previsto dentro do parâmetro.

⁴ Por exemplo, se o primeiro proponente receber pontuação máxima em todos os parâmetros, ao final somará 20 pontos.

⁵ Por exemplo, se o primeiro proponente somar 0 pontos, receberá o desconto percentual mínimo previsto no RICADE, que é de 30%; se somar 20 pontos, receberá o desconto percentual máximo, que é de 50%. Se o segundo proponente somar 0 pontos, receberá o desconto percentual mínimo previsto para ele no RICADE, que é de 25%; se somar 15 pontos, receberá o desconto percentual máximo previsto, que é de 40%.

⁶ Um relato mais abrangente que o do beneficiário da leniência não necessariamente significa descumprimento do acordo de leniência pelo beneficiário, por falta de informações. A obrigação da leniência é trazer à autoridade todos os fatos do qual a empresa ou indivíduo tenha conhecimento. É natural que em certos casos o beneficiário não seja capaz de relatar ou demonstrar determinados fatos. Não obstante, a eventual verificação de que o beneficiário escondeu ou faltou com a verdade em relação a certos fatos, pode implicar descumprimento do acordo de leniência.

Documentos comprovam a infração e são mais amplos e úteis que os apresentados na Leniência / fatos de conhecimento do Cade; ou	8	6	4
Documentos comprovam a infração; ou	6	4,5	3
Documentos comprovam a infração em parte; ou	4	3	2
Documentos apresentados não comprovam a infração, mas auxiliam na instrução; ou	2	1,5	1
Não apresenta documentos.	0	0	0
<u>Momento processual</u>	<u>Primeiro</u>	<u>Segundo</u>	<u>Terceiro e demais</u>
TCC apresentado antes da instauração de PA			
TCC apresentado em até 3 meses contados de ações administrativas e/ou judiciais de natureza investigativa, instauração do IA, ou outra forma de conhecimento da existência de investigação pelo Representado;	5	4	3
TCC apresentado entre o término do prazo anterior e a instauração do PA.	4	3	2,5
TCC apresentado entre a instauração do PA e o término do prazo de defesa			
TCC apresentado antes da juntada aos autos do comprovante de notificação do Compromissário;	3	2	1,5
TCC apresentado entre o término do prazo anterior e o fim do prazo de defesa.	2	1	1
TCC apresentado entre o término do prazo de defesa e o despacho de apresentação de novas alegações			
TCC apresentado até 6 meses do encerramento do prazo de defesa;	1	0,5	0,5
TCC apresentado entre o término do prazo anterior e o despacho de apresentação de novas alegações.	0	0	0
Pontuação Possível	0 - 20	0 - 15	0 - 10

II. DA CONTRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA

O recolhimento de contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD) como requisito para a celebração de TCCs está previsto no artigo 85 da Lei 12.529/11, para casos de cartel e de influência de conduta comercial uniforme (art. 36, §3º, incisos I e II da Lei 12.529/11), *in verbis*:

Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

§ 1º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos:

I - a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis;

II - a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas;

III - a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível.

§ 2º Tratando-se da investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 desta Lei, entre as obrigações a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 37 desta Lei.

§ 3º (VETADO).

§ 4º A proposta de termo de compromisso de cessação de prática somente poderá ser apresentada uma única vez.

§ 5º A proposta de termo de compromisso de cessação de prática poderá ter caráter confidencial.

§ 6º A apresentação de proposta de termo de compromisso de cessação de prática não suspende o andamento do processo administrativo.

§ 7º O termo de compromisso de cessação de prática terá caráter público, devendo o acordo ser publicado no sítio do Cade em 5 (cinco) dias após a sua celebração.

§ 8º O termo de compromisso de cessação de prática constitui título executivo extrajudicial.

§ 9º O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo.

§ 10. A suspensão do processo administrativo a que se refere o § 9º deste artigo dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados.

§ 11. Declarado o descumprimento do compromisso, o Cade aplicará as sanções nele previstas e determinará o prosseguimento do processo administrativo e as demais medidas administrativas e judiciais cabíveis para sua execução.

§ 12. As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo Cade se se comprovar sua excessiva onerosidade para o representado, desde que a alteração não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade.

§ 13. A proposta de celebração do compromisso de cessação de prática será indeferida quando a autoridade não chegar a um acordo com os representados quanto aos seus termos.

§ 14. O Cade definirá, em resolução, normas complementares sobre o termo de compromisso de cessação.

§ 15. Aplica-se o disposto no art. 50 desta Lei ao Compromisso de Cessação da Prática. (grifos nossos)

Pelo que se pode observar, a obrigação pecuniária deverá necessariamente constar do TCC, que terá caráter público (art. 85, §§ 1º e 7º da Lei 12.529/11)⁷. Por sua vez, para o cálculo da contribuição pecuniária nos casos de cartel e de influência de conduta comercial uniforme, a Lei determina que o valor não poderá ser inferior ao mínimo previsto no seu art. 37⁸, que determina o seguinte, *in verbis*:

Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, **a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;**

II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);

III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

§ 1º Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

⁷ As informações e documentos anexos ao Termo apresentados pelo Proponente em virtude da celebração do TCC, bem como as manifestações da SG/Cade e do Tribunal com relação ao Requerimento seguirão as regras de confidencialidades previstas nos artigos 50 e seguintes do RICade. Dados com mais de 05 (cinco) anos e informações inerentemente públicas relacionadas a empresas de capital aberto.

⁸ Isto é, 0,1% no caso de pessoas jurídicas no caso do inciso I, por exemplo.

§ 2º No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do caput deste artigo, o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo Cade, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea. (g.n.)

Assim, ao negociar a contribuição pecuniária em sede do TCC, a SG/Cade segue a exigência legal de que esta nunca esteja abaixo da multa mínima aplicável ao Proponente do TCC e também, em caso de empresa, que ela nunca esteja abaixo da vantagem auferida, quando for possível sua estimação.

Ainda, de modo geral, o Cade leva em consideração o cenário de multa esperada com fundamento nos princípios de razoabilidade, proporcionalidade e isonomia, além dos seguintes critérios previstos no art. 45 da Lei nº 12.529/11, *in verbis*:

Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração:

I - a gravidade da infração;

II - a boa-fé do infrator;

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV - a consumação ou não da infração;

V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;

VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;

VII - a situação econômica do infrator; e

VIII - a reincidência.

Diante dessa legislação que estabelece as balizas para a contribuição pecuniária no TCC, passa-se, a seguir, para um detalhamento de como o Cade tem atuado até o momento, constatando a possibilidade de que haja aperfeiçoamentos futuros. Os três passos adotados pela SG, assim, tem sido os seguintes: definição da lei aplicável (Seção II.1), cálculo da contribuição pecuniária (Seção II.2) e da forma do pagamento da contribuição pecuniária (Subseção II.3).

II.1 Da definição da lei aplicável

Quando da negociação de TCC em casos que investigam condutas iniciadas antes de 2012, há que se analisar inicialmente qual lei se aplica ao caso, de forma a se verificar não só o mínimo legal, mas também a conveniência da proposta de TCC, já que a Lei nº 12.529/2011 modificou as penas aplicáveis a infrações antitruste anteriormente previstas na Lei nº 8.884/94.

O tema do conflito intertemporal de leis foi enfrentado pelo Tribunal do Cade quando do julgamento do Processo Administrativo nº 08012.009834/2006-57. Conforme voto-vogal dedicado ao tema, deve-se aplicar à espécie a lei que se mostrar mais favorável ao administrado, *in verbis*:

Tal premissa – a de admitir a aplicação da Lei 12.529/11 quando e somente quando esta se mostrar mais favorável a Representados em casos pendentes de julgamento - parece-me correta, uma vez que reconhece uma mudança nos padrões valorativos da sociedade na esfera do direito administrativo sancionador antitruste, sem afetar a segurança jurídica da *res judicata* administrativa. [...]

Por fim, vale salientar que a aplicação da lei posterior mais benéfica ao administrado no campo do direito antitruste sancionador, em processos pendentes de julgamento pelo CADE, encontra-se em consonância com os princípios da ordem constitucional de 1988, que indicam que a alteração dos padrões valorativos da sociedade em relação à determinada conduta infrativa deve, quando for mais benéfica ao cidadão e quando o respectivo processo ainda não tiver sido julgado pela autoridade competente, repercutir na fixação da pena. Além disso, referida aplicação também está conectada, do ponto de vista axiológico, a outros princípios fundamentais para o exercício do direito punitivo pelo Estado, tais como o da proporcionalidade, o da individualização da pena e o da reprovabilidade.

A partir de tal premissa, o Tribunal do Cade constatou que a lei mais favorável ao administrado depende da qualidade do sujeito passivo, porque as mudanças da Lei nº 12.529/2011 não foram mais benéficas a todas as categorias de envolvidos em infrações antitrustes. Com base nessas considerações, é possível extrair a seguinte regra:

- (i) Empresa: aplicação da Lei nº 12.529/2011, tendo em vista ser mais benéfica que a lei anterior;
- (ii) Administrador: aplicação da Lei nº 12.529/2011, tendo em vista ser mais benéfica que a lei anterior;
- (iii) Demais pessoas físicas (não administrador) ou jurídicas, associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito que não exerçam atividade empresarial: aplicação da Lei nº 8.884/1994, tendo em vista ser essa mais benéfica que a lei posterior.

Deve-se destacar, todavia, que essa regra quanto a qual lei seria mais benéfica é entendida como uma simples *presunção*, podendo-se provar que tal entendimento não se mostra verdadeiro em determinado caso concreto.

II.2 Do cálculo da contribuição pecuniária

A contribuição pecuniária deve-se pautar nos seguintes pressupostos: necessidade de uma sanção proporcional em relação à conduta; necessidade de uma multa que se

mostre dissuasória aos administrados e a terceiros; e necessidade de dar segurança jurídica e isonomia entre os representados.

Para quantificar a contribuição pecuniária, é preciso calcular, inicialmente, a multa esperada para a empresa (art. 187 do RICade), que não deve ser inferior à vantagem auferida por ela ao participar de um cartel, quando for possível sua estimação (art. 37, inc. I, da Lei nº 12.529/2011). Sempre que possível, será calculada a vantagem auferida.

Cabe notar que, para atrair as empresas a fazer ditos acordos, o valor do TCC tem que ser menor do que o da multa, mas não necessariamente será menor do que o valor da vantagem auferida.

Com relação à multa esperada, há certas diferenças em se tratando de empresas (Subseção II.2.1) e pessoas físicas (Subseção II.2.2) – incluindo administradores e não administradores.

II.2.1 Do cálculo da contribuição pecuniária para empresas

O cálculo da multa esperada para empresas corresponde ao montante financeiro decorrente da aplicação hipotética, ao caso em análise, do disposto no art. 37 da Lei 12.529/2011, *in verbis*:

Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

(...)

I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

Assim, o Cade esclarece que, via de regra, o passo a passo do cálculo da multa esperada é o seguinte: definição da base de cálculo/faturamento (II.2.1.1), atualização da base de cálculo/faturamento (II.2.1.2), aplicação da alíquota (II.2.1.3) e aplicação do desconto (II.2.1.4).

II.2.1.1 Base de cálculo

II.2.1.1.1 Regra geral

O Cade esclarece que, com base no disposto no art. 37, inciso I, da Lei 12.529/2011, transcrito supra, deve utilizar o faturamento bruto (incluindo impostos) do *grupo econômico* da Proponente obtido no *ramo de atividades* em que ocorreu a conduta no *ano anterior à instauração do processo administrativo*. Para fins de aplicação da regra, deve-se recorrer à lista “ramos de atividades empresariais” discriminada na Resolução Cade nº 3, de 29 de maio de 2012 (“Resolução nº 3/2012”).

Destaca-se que, considerando a regra de solidariedade prevista no art. 33 da Lei nº 12.529/2011, e para que a proteção conferida pelo TCC tenha como escopo todo o grupo econômico da Proponente, é necessário que a base de cálculo utilizada considere o faturamento do grupo como um todo no ramo em questão.

II.2.1.1.2 Parametrização para fins de proporcionalidade

II.2.1.1.2.1 Parametrização com relação ao ramo de atividades descrito na Resolução Cade nº 3/2012

Conforme determinação expressa no art. 37, §2º da Lei 12.529/2011, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo Cade, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea, o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas. Ademais, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais).

Nesse sentido, para emprestar contornos de proporcionalidade e razoabilidade ao Termo firmado, a experiência do Cade tem considerado alguns aspectos para legitimar a composição, tais como:

- (i) faturamento referente ao produto ou serviço afetado pelo cartel, o que não se confunde com a definição de mercado relevante⁹ (ex. cartel envolvendo um produto ou serviço muito específico de um ramo de atividades bastante amplo);
- (ii) faturamento referente ao escopo geográfico da conduta, o que não se confunde com a definição de mercado relevante (ex.: cartel

⁹ Casos de Carga Aérea (Req. nº 08700.010220/2012-16), Medidores (Req. nº 08700.009323/2014-97), Cabos (Req. nº 08700.002074/2013-28), e Embreagens (Req. nº 08700.001445/2015-16), por exemplo.

estadual, municipal ou local praticado por empresa com atuação e faturamento nacional no ramo de atividades);

- (iii) faturamento obtido com a receita que efetivamente é mantida pela empresa com o negócio em questão¹⁰ (ex.: casos em que é computado no faturamento da empresa a totalidade de um bem/serviço, mas apenas uma parcela desse valor é efetivamente retida por ela, a título, por exemplo, de comissão, sendo o restante repassado a outro agente).

II.2.1.1.2.2 Parametrização com relação ao ano base do faturamento

A depender do momento processual em que ocorre a negociação e também da verificação de desproporcionalidade entre o faturamento da Proponente no ano anterior à instauração do PA e o seu faturamento nos anos da conduta, o Cade pode considerar alguns aspectos para ajustes na composição.

Abaixo, o Cade lista alguns aspectos que podem ser considerados para o juízo de proporcionalidade e razoabilidade:

- para os casos em que a negociação ocorre em PA não instaurado (ex.: IA ou PP), poderá ser observado o exercício anterior à instauração do IA ou PP, ou ainda, tratando-se de IA ou PP que estejam tramitando de forma sigilosa, poderá ser observado o faturamento do ano anterior ao da apresentação do requerimento do TCC;
- para os casos em que há evidente desproporcionalidade entre o faturamento no ano anterior à instauração PA/IA e o faturamento obtido no período da conduta (tendo em vista, por exemplo, encerramento das atividades da empresa no mercado cartelizado ou crescimento/redução considerável do mercado), é possível levar em consideração:
 - (i) aplicação do faturamento nos 12 últimos meses na conduta¹¹;
 - (ii) aplicação do maior faturamento anual obtido durante a conduta¹²;
 - (iii) média dos faturamentos durante o período da conduta.

¹⁰ Caso de Frete Aéreo (Reqs. nº 08700.010662/2012-54, 08700.010314/2013-68, 08700.011226/2013-83 e 08700.001455/2015-51), por exemplo.

¹¹ Casos de TFT-LCD (Req nº. 08700.003192/2013-53, nº 08700.007696/2013-42) e de CPT/CDT (Req nº 08700.011328/2013-07 e 08700.011327/2013-54), por exemplo.

¹² Caso de DRAM (Req. nº 08700.003191/2013-09 e nº 08700.001718/2011-07), por exemplo.

II.2.1.1.2.3 Parametrização com relação ao faturamento em território nacional

Para os casos em que o Proponente de TCC não possui faturamento no Brasil (ex.: casos de cartel internacional em que a proponente não auferiu receita no mercado brasileiro sob investigação), observadas as exigências legais, é possível levar em consideração os seguintes aspectos para fins de proporcionalidade e razoabilidade:

- (i) “faturamento virtual” no mercado brasileiro, isto é, aplicação, sobre o volume total do mercado nacional, da participação de mercado mundial da Proponente¹³;
- (ii) outros fatores, como, por exemplo, em casos de cartel internacional e empresa sem faturamento no Brasil, estimativas de vendas indiretas da Proponente no mercado nacional, isto é, estimativas de vendas no Brasil de subprodutos que utilizaram como insumo o produto objeto do cartel produzido pela Proponente.

II.2.1.2 Atualização da base de cálculo

Uma vez superado o primeiro passo do cálculo da multa esperada – definição da base de cálculo/faturamento (II.2.1.1) –, passa-se à atualização monetária de tal valor, o que é feito aplicando-se a SELIC¹⁴, pois, além da inflação, deve-se considerar o custo de oportunidade do dinheiro parado (que é, no mínimo, a rentabilidade de um título público, expresso pelo juro nominal, que inclui o juro real).

Por sua vez, o período de abrangência da atualização corresponde ao intervalo de meses entre o faturamento utilizado (ano anterior à instauração do processo

¹³ Caso de Mangueiras Marítimas (Requerimentos nº 08700.005321/2008-81, nº 08700.002312/2009-19, nº 08700.004174/2011-27, nº 08700.006544/2012-41 e nº 08700.001882/2008-19) e Caso de Cabos (Requerimento nº 08700.002074/2013-28), por exemplo.

¹⁴ A Selic é calculada pelo BCB, portanto, sua fonte primária. Atualmente existem duas “calculadoras de SELIC” a do BCB e da Receita Federal do Brasil. A do BCB considera juros compostos e a da Receita juros simples. Segundo a Lei 9021/95, a atualização do faturamento para fins da multa do CADE se calcula da mesma forma que a forma de cálculo de atualização dos tributos federais, que, atualmente, é a SELIC. Ocorre que, segundo jurisprudência dos tribunais com relação a tributos, esta atualização dos tributos federais não deve gerar anatocismo (juros sobre juros). Para facilitar, portanto, a Receita Federal tem uma calculadora: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/orientacao/tributaria/pagamentos-e-parcelamentos/taxa-de-juros-selic> que calcula com juros simples. Como a lei determina que devemos usar o mesmo cálculo de atualização dos tributos federais, utilizamos em TCC’s, normalmente, a calculadora da Receita Federal do Brasil..

administrativo ou, por exemplo, últimos 12 meses na conduta, vide *II.2.1.1*) e o mês anterior à propositura do Requerimento de TCC.

A SELIC serve, portanto, para atualizar para valores correntes o faturamento da empresa. O Cade esclarece que há duas formas de fazer esse cálculo de atualização da base de cálculo/faturamento, que chegam ao mesmo resultado: a primeira, somando-se as taxas mensais do período de atualização; a segunda, subtraindo-se as taxas acumuladas do primeiro e do último mês do período. Pelo método da soma, a atualização terá como marco inicial o *primeiro mês do exercício posterior ao do faturamento utilizado* e como marco final o mês anterior ao de protocolo do requerimento de TCC. Pelo método da subtração, a atualização terá como marco inicial o *último mês do exercício do faturamento utilizado* e como marco final o mês anterior ao de protocolo do requerimento de TCC.

II.2.1.3 Alíquota

Uma vez superados os dois primeiros passos do cálculo da multa esperada – definição da base de cálculo (*II.2.1.1*) e atualização da base de cálculo (*II.2.1.2*) –, apresenta-se a seguir os critérios utilizados pelo Cade na definição da alíquota de multa esperada. Registre-se que os critérios a seguir expostos constituem apenas parâmetros, que poderão ser eventualmente alterados, a juízo do Cade, em situações excepcionais.

Via de regra, em casos de cartel clássico (ou cartel “*hard core*”), a referência inicial adotada pelo Cade na negociação do TCC é a aplicação de uma alíquota de 15% sobre a base de cálculo considerada, em consonância com as condenações mais recentes do Tribunal para esse tipo de conduta.

A depender, porém, de certas atenuantes ou agravantes, além de outros fatores que levem em consideração os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia e dos critérios previstos no art. 45 da Lei nº 12.529/2011, essa alíquota poderá ser reduzida até o mínimo considerado pelo Cade como adequado para dissuasão desse tipo de conduta, em regra de 12%, ou elevada até o máximo previsto na lei, de 20%¹⁵.

Abaixo, o Cade lista algumas hipóteses exemplificativas de **atenuantes** em casos de cartel clássico que podem reduzir o percentual na alíquota até o mínimo considerado razoável pelo Cade para casos de cartel clássico (em regra 12%):

¹⁵ Caso de obras de montagem industrial *onshore* da Petrobras (Req nº. 08700.007402/2015-44).

ATENUANTES
<u>Gravidade da infração</u>
Ter sido coagido a participar da conduta
Participação lateral/esporádica na conduta
Curtíssima duração (até seis meses), desde que essa circunstância não tenha decorrido da própria atuação das autoridades públicas no sentido de interromper a conduta
<u>Boa-fé do infrator</u>
Sugestão prévia de adoção da conduta por parte do ente público (ex. termos de compromisso com Ministérios Públicos ou outros órgãos, decisões judiciais, decisões de agências reguladoras etc.)
Existência de programa de <i>compliance</i> que tenha relação direta com a decisão de propositura do TCC e/ou que tenha resultado na colaboração apresentada
<u>Situação econômica do infrator</u>
Capacidade financeira comprometida e comprovada

Abaixo, a SG/Cade lista algumas hipóteses exemplificativas de **agravantes** em casos de cartel clássico que podem majorar o percentual na alíquota até o máximo legal (20%):

AGRAVANTES
<u>Gravidade da infração</u>
Liderança sem coação
Liderança com coação
Duração elevada da conduta e da participação do compromissário nela (1 a 5 anos)
Duração muito elevada da conduta e da participação do compromissário nela (5 a 10 anos)
Duração substancialmente elevada da conduta e da participação do compromissário (mais de 10 anos)
<u>Ausência de boa-fé do infrator</u>
Sugestão prévia de interrupção da conduta por parte do ente público (ex. termos de compromisso com Ministérios Públicos ou outros órgãos, decisões judiciais, decisões de agências reguladoras etc.)

<u>Grau de lesão, ou perigo de lesão à livre concorrência, à economia nacional aos consumidores, ou à terceiros</u>
Essencialidade ou relevância do produto objeto de cartelização
Impacto negativo direto em políticas públicas estratégicas para o país
<u>Efeitos econômicos negativos produzidos no mercado</u>
Impactos econômicos negativos em nível elevado

Outras atenuantes e agravantes observadas no caso concreto poderão, a critério do Cade, ensejar variação da alíquota base aplicada.

Ademais, via de regra, em casos de cartel pontual ou difuso (ex: trocas de informações esporádicas ou não sistemáticas, revelação unilateral de informações etc.), o Cade entende adequada, em geral, a aplicação de alíquota de 5% a 12%, a depender, porém, de certas atenuantes ou agravantes, além de outros fatores que levem em consideração os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia e dos critérios previstos no art. 45 da Lei nº 12.529/11. Circunstâncias específicas do caso concreto, no entanto, poderão demandar a aplicação de alíquota base diferenciada.

Por fim, considerando o art. 37, § 1º, da Lei nº 12.529/11, em caso de **reincidência** deve-se aplicar em dobro a alíquota, quando o Compromissário já houver sido condenado.

II.2.1.4 Desconto

Uma vez superado os três primeiros passos do cálculo da multa esperada – definição da base de cálculo/faturamento (*II.2.1.1*), atualização da base de cálculo/faturamento (*II.2.1.2*) e aplicação da alíquota (*II.2.1.3*) –, passa-se ao último passo, de aplicação do desconto.

Com relação ao cálculo do desconto nos casos de TCC protocolado perante a SG/Cade, tendo em vista estar diretamente relacionado à colaboração do Proponente, remete-se à Parte I (especificamente Seção I.3) deste Guia.

Neste momento, reitera-se apenas que os percentuais mínimos e máximos de desconto de TCCs em casos de cartel encontram-se dispostos no art. 187 do RICade, que considera as seguintes faixas, escalonadas conforme a ordem momento de propositura do acordo:

- (i) primeiro proponente perante a SG/Cade: 30% a 50% de desconto sobre a multa esperada;

- (ii) segundo proponente perante a SG/Cade: 25% a 40% da multa esperada;
- (iii) terceiro e demais proponentes perante a SG/Cade : até 25% da multa esperada

Já nos casos de TCC protocolado perante o Tribunal, conforme art. 188 do RICade, o máximo de desconto possível de se obter com o acordo é de 15%.. Deve-se esclarecer que a propositura do TCC após os pareceres da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade e do Ministério Público Federal reduz de maneira significativa a conveniência e oportunidade em se celebrar o acordo proposto no Tribunal, o que será avaliado diante das circunstâncias do caso concreto.

É válido registrar, também, que, nos termos do art. 189 da mesma norma, nenhuma proposta de TCC poderá prever redução percentual superior àquela já estabelecida em TCCs já celebrados no mesmo processo. Essa regra vale, inclusive, entre os TCCs propostos perante a SG/Cade e o Tribunal, de modo que, na hipótese de um TCC negociado perante a SG/Cade ter estipulado desconto inferior a 15%, o desconto aplicado pela SG/Cade passa a ser o teto para o desconto no do TCC no Tribunal.

II.2.1.4.1 Conjugação dos descontos de TCC e Leniência *Plus*

Destaca-se, ainda, a possibilidade de se conjugar os institutos do **TCC com a Leniência *Plus***¹⁶. Caso o Signatário de um novo Acordo de Leniência, em um outro cartel, opte por celebrar um TCC com relação à conduta já sob investigação, à qual não estava disponível a negociação do Acordo de Leniência, os benefícios da Leniência *Plus* e do TCC poderão ser conjugados, a critério do Cade.

A aplicação de ambos os descontos é realizada de modo subsequente (ou seja, primeiro incide o desconto de uma Leniência *Plus* e, depois, o desconto do TCC), e não cumulativa (ou seja, uma adição entre ambos os descontos). A aplicação cumulativa poderia trazer benefício excessivo à empresa e/ou pessoa física que praticou cartel em diversos mercados, com possível redução do efeito dissuasório da conduta, bem como poderia desincentivar a apresentação de novas propostas de Acordo de Leniência pela ampliação do benefício em sede do TCC.

A aplicação subsequente de descontos (ou seja, primeiro incide o desconto de uma Leniência *Plus* e, depois, o desconto do TCC) possui interpretação que se extrai da

¹⁶ A leniência *plus* consistente na redução de um terço da penalidade aplicável a empresa e/ou a pessoa física que não se qualificar para um Acordo de Leniência para um determinado cartel, mas fornecer informações acerca de um outro cartel sobre o qual a SG/CADE não tinha qualquer conhecimento prévio (conforme artigo 209 do RICADE c/c artigo 86, §7º, da Lei nº 12.529/2011).

própria legislação, pois o desconto da Leniência *Plus* incide sobre a pena aplicável, entendida em termos gerais, ao passo que o desconto do TCC incide sobre a multa esperada, entendida já em concreto. Ademais, mantém a consistência entre o valor máximo de descontos da Leniência *Plus* e do TCC em comparação com a hipótese de leniência parcial¹⁷. Ainda, a aplicação subsequente do adicional da Leniência *Plus* não diferencia substancialmente o Cade da experiência consolidada na negociação de TCCs, mas beneficia adequadamente os Proponentes que colaboraram em ambas as investigações.

Considerando que a negociação do TCC prevê faixas de descontos, a aplicação subsequente da Leniência *Plus* com o TCC pode resultar nas seguintes faixas totais de desconto sobre a multa esperada:

- (i) caso seja o primeiro proponente de TCC: de 53,33% a 66,67%;
- (ii) caso seja o segundo proponente de TCC: de 50% a 60%;
- (iii) para os demais proponente de TCC: de até 50%.

Para maiores informações sobre celebração de Acordo de Leniência, consultar os artigos 86 e seguintes da Lei nº 12.529/2011, artigos 96 e seguintes do RICade, bem com Guia de Leniência.

II.2.2 Do cálculo da contribuição pecuniária para pessoas físicas

As pessoas físicas participantes da conduta anticompetitiva terão diferentes análises na negociação no TCC, a depender da sua qualificação como administradores (II.2.2.1), não administradores (II.2.2.2), ou a depender da sua abrangência nas chamadas "cláusula de adesão" (II.2.2.3) e "cláusula guarda-chuva" (II.2.2.4).

II.2.2.1 Administradores de empresas

Nos termos do artigo 37, inciso III da Lei nº 12.529/11, no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, a multa esperada é de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa ou à pessoa jurídica ou entidade relacionada (sindicatos e associações, por exemplo).

¹⁷ Leniência parcial, conforme art. 86, § 4º, inciso II, da Lei nº 12.529/2011, é aquela celebrada na hipótese em que a SG/Cade possui conhecimento prévio da infração noticiada.

De modo a incentivar que as pessoas físicas envolvidas em investigações de cartel apresentem-se para celebração de TCC no início da instrução processual, principalmente nos casos em que há dificuldade em localizar e notificar os indivíduos envolvidos na conduta, o Cade considera razoável que, nessas hipóteses, as suas contribuições pecuniárias sejam definidas em valores mais próximos do mínimo legal, isto é, por volta de 1% da contribuição estipulada para a empresa. Isso, no entanto, não afasta a possibilidade de utilização de alíquotas maiores, a depender da aplicação de agravantes, ou, especialmente, quando o critério de 1% mostrar-se inferior a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Esclarece-se que, via de regra, consideram-se administradores as pessoas com cargos previstos no estatuto ou no contrato social da empresa. Porém, nos casos em que o indivíduo não seja administrador nesses termos, mas tenha poderes gerenciais equivalentes ou participação relevante no cartel, sua contribuição deverá ser calculada em valores semelhantes ao do administrador, respeitados os limites mínimos e máximos da contribuição de não administradores, a ser tratada no tópico abaixo. Exemplos de indivíduos que poderiam ter suas contribuições calculadas dessa forma são os diretores, gerentes, superintendentes, supervisores comerciais, entre outros, com participação relevante no cartel.

II.2.2.2 Demais pessoas físicas (não administradores)

Nos termos do artigo 37, inciso II da Lei 12.529/11, no caso das demais pessoas físicas (ou seja, não administradores), a multa esperada nos critérios da nova lei é de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais).

De modo a incentivar que as pessoas físicas envolvidas em investigações de cartel apresentem-se para celebração de TCC no início da instrução processual, principalmente nos casos em que há dificuldade em localizar e notificar os indivíduos envolvidos na conduta, o Cade considera razoável que, nessas hipóteses, as suas contribuições pecuniárias sejam definidas em valores mais próximos do mínimo legal. No entanto, entende-se que é importante de alguma forma sopesar o grau de participação do indivíduo na conduta investigada, especialmente quando se tratar de alguém com participação relevante nos fatos. Além disso, conforme destacado no tópico anterior, nos casos em que o indivíduo não seja administrador nos termos mencionados acima, mas tenha poderes gerenciais equivalentes ou participação relevante no cartel, sua contribuição deverá ser calculada em valores semelhantes ao do administrador.

Finalmente, esclarece-se que mesmo para casos de infração ocorrida na vigência da Lei nº 8.884/1994, o Cade não considera razoável negociar um TCC em valor inferior ao patamar de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

II.2.2.3 Pessoas físicas em "cláusula de adesão"

Embora, em regra, as pessoas físicas interessadas em celebrar TCC devam negociar e assinar diretamente o acordo como Proponentes-Signatárias, é possível, diante de determinadas circunstâncias, que elas sejam incluídas posteriormente em TCC negociado e celebrado pela empresa para a qual trabalhavam à época dos fatos. Normalmente, isso ocorre quando a empresa busca a autoridade para negociar o acordo sem que tenha, até então, localizado e/ou reunido todos os seus funcionários que se envolveram na conduta, especialmente aqueles que já não se encontram mais em seus quadros, isto é, que estejam trabalhando para outras empresas ou que já tenham se aposentado.

Nessas hipóteses, de forma a tornar mais rápido o processo de negociação, a empresa poderá negociar e firmar individualmente seu TCC, deixando já previstas no acordo as condições para inclusão posterior de seus funcionários e ex-funcionários envolvidos na conduta. Estas condições estarão previstas no acordo por meio da chamada "cláusula de adesão".

O principal objetivo do Cade ao assinar acordos contendo cláusulas de adesão é diminuir custos processuais de eventuais futuras negociações individuais. Além disso, nos casos em que há dificuldade de notificação, como os de cartel internacional, por exemplo, a cláusula de adesão tem se mostrado vantajosa por evitar também custos processuais de localização e notificação de indivíduos constantes do polo passivo.

Cumpra-se notar que a cláusula de adesão não impede a negociação de TCCs individuais pelos candidatos à adesão, caso discordem dos termos negociação. No entanto, nessa hipótese, o indivíduo fará jus à faixa de desconto em que se encontrar quando da propositura de seu requerimento, e não mais à faixa de desconto em que se encontrava a empresa.

Via de regra, no cálculo do valor da adesão de pessoas físicas, o Cade tem adotado cláusula com a seguinte previsão a respeito do momento da adesão:

- até seis meses após a homologação do Termo, um determinado valor;
- após essa data, acréscimo de 50% sobre o valor determinado.

Registre-se, finalmente, que a cláusula de adesão é celebrada com um prazo máximo de vigência, que é (i) de 06 (seis) meses contados a partir da data de publicação da homologação do presente Termo no Diário Oficial da União; ou (ii) de até 60 (sessenta) dias da data de publicação no Diário Oficial da União do despacho de instauração de processo administrativo em desfavor do Funcionário; o que ocorrer primeiro.

II.2.2.4 Pessoas físicas em "cláusula guarda-chuva"

Além da inclusão de pessoas físicas no TCC negociado e celebrado pela empresa por meio da previsão de uma cláusula de adesão, é possível também que, em determinadas circunstâncias, funcionários envolvidos na conduta sejam incluídos no TCC por meio da chamada "cláusula guarda-chuva".

Essa cláusula poderá ser utilizada nas hipóteses em que a empresa desejar encerrar toda sua relação com o processo, incluindo a eventualidade de vir a ser descoberto algum funcionário seu que tenha se envolvido na conduta, *mas ainda não tenha sido identificado* (seja por ela, seja pela Administração Pública) até o momento da celebração do TCC. Portanto, é utilizada quando é baixa a probabilidade de se identificar novos participantes da conduta.¹⁸

O principal objetivo do Cade com a cláusula guarda-chuva é também a redução de custos processuais. Com ela, busca-se endereçar a responsabilidade de todas as pessoas físicas relacionadas àquela empresa que está negociando TCC que possam vir a ser identificados como envolvidas na conduta, evitando-se que seja necessário incluir novos representados no polo passivo ou instaurar novos processos a cada vez que se identifica a participação de um funcionário adicional na conduta.

Via de regra, no cálculo do valor da "guarda-chuva" de funcionários, o Cade considera o seguinte parâmetro: cobrança de um valor adicional correspondente a 10%¹⁹ da

¹⁸ A cláusula guarda-chuva não é cabível quando os indivíduos já constam do polo passivo ou já foram identificados claramente no Histórico da Conduta da Beneficiária da Leniência e/ou da(s) Compromissária(s) de TCC anteriores.

¹⁹ Em termos de PFs, esse percentual representa a contribuição mínima de 10 administradores adicionais ainda não identificados. É um valor razoável para Administração Pública, tendo em vista que abrange um número relevante de novos indivíduos de categorias. Não é razoável supor que, já tendo sido feito todo um esforço de composição do polo passivo e/ou análise de Históricos da Conduta e outros TCCs, haveria ainda um número muito maior que esse de indivíduos não identificados.

contribuição devida pela empresa, podendo esse percentual ser aumentado ou diminuído²⁰ se as circunstâncias do caso concreto assim o exigirem.

As principais diferenças, portanto, entre a “cláusula guarda-chuva” e a “cláusula de adesão” são as seguintes:

- (i) a cláusula “guarda-chuva” abarca pessoas *ainda não identificadas*, ao passo que a cláusula de adesão abarca aquelas que *já tenham sido identificados claramente* na investigação;
- (ii) na cláusula guarda-chuva, a empresa já deixa pago um valor fixo, independentemente de quantos funcionários a mais tenham se envolvido na conduta e venham a ser identificados posteriormente, ao passo que na cláusula de adesão o valor é pago por indivíduo, somente após sua efetiva adesão.
- (iii) a cláusula guarda-chuva torna sem sentido a instauração de processo administrativo contra novas pessoas relacionadas à Compromissária²¹, ao passo que a cláusula de adesão, por sua vez, impõe que se instaure o processo administrativo contra aquele funcionário identificado, sendo que, somente após sua inclusão, é que poderá ser realizada a adesão.
- (iv) a cláusula guarda-chuva não possui prazo, permanecendo vigente indefinidamente desde que o TCC não seja declarado descumprido, enquanto a cláusula de adesão é celebrada com um prazo máximo de vigência, que é (i) de 06 (seis) meses contados a partir da data de publicação da homologação do presente Termo no Diário Oficial da União; ou (ii) de até 60 (sessenta) dias da data de publicação no Diário Oficial da União do despacho de instauração de processo administrativo em desfavor do Funcionário; o que ocorrer primeiro.

II.3 Da forma de pagamento da contribuição pecuniária

Uma vez definido o valor final da contribuição pecuniária, passa-se à discussão sobre a forma de pagamento, sendo que o Cade entende ser possível a extensão do prazo de pagamento ou de parcelamento.

No caso de pagamento em parcela única, o prazo de pagamento será, regra geral, em até 90 (noventa) dias sem correção pela SELIC. Em casos excepcionais, o pagamento

²⁰ Ex.: Caso de rolamentos (Req. nº 08700.001413/2015-11), em que a cláusula guarda-chuva foi fixada em 2%, tendo em vista que, pelo elevado valor da contribuição final da PJ e pela já vasta extensão de pessoas físicas constantes do polo passivo, não se mostrou razoável o valor resultante da aplicação do percentual de 10%.

²¹ A SG/Cade esclarece que, caso o processo venha a ser instaurado, deverá ser imediatamente suspenso em relação ao indivíduo ou PJ do grupo da Compromissária que celebrou TCC com cláusula de adesão.

em parcela única poderá ser efetuado, em até 180 (cento e oitenta) dias, sem correção pela SELIC, a depender do valor da contribuição e das circunstâncias concretas do caso.

No caso de pagamento parcelado, por exigência do art. 196 do RICade, as parcelas deverão necessariamente ser atualizadas pela SELIC, *in verbis*:

Art. 196. Poderá o Cade, nos termos de Compromisso de Cessação (TCC) que contenha obrigação de contribuição pecuniária, aceitar o seu pagamento parcelado.

Parágrafo único. As parcelas da contribuição pecuniária serão necessariamente corrigidas pela taxa do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – Selic, conforme divulgado pelo Banco Central do Brasil (Bacen).

Como regra geral, o parcelamento poderá ser feito em até 2 (dois) anos, aplicando-se a SELIC a partir da segunda parcela em diante. Em casos excepcionais, poderá ser autorizado parcelamento em até 4 (quatro) anos, a depender das circunstâncias concretas do caso, aplicando-se a SELIC a partir da segunda parcela em diante. Prazos superiores somente serão admitidos em situações absolutamente excepcionais e específicas, não podendo, em qualquer hipótese, se prolongar em demasia.

O Cade esclarece que adota os seguintes parâmetros quando da definição do prazo do parcelamento:

- montante de contribuição pecuniária;
- valor absoluto de cada parcela;
- situação financeira da empresa – mediante demonstração;
- razoabilidade do parcelamento, de forma a não mitigar o caráter dissuasório da contribuição pecuniária;
- escalonamento do valor do pagamento e previsão da possibilidade de pagamento antecipado de parcelas.

Por fim, pontua-se que a SG/Cade não considera adequado o parcelamento em prestações muito próximas (ex.: parcelas mensais), pois o custo de monitoramento do pagamento de cada parcela se torna alto.

III. DO RECONHECIMENTO DE PARTICIPAÇÃO NA CONDUTA INVESTIGADA, DA OBRIGAÇÃO DE NÃO VOLTAR A PRATICÁ-LA E OUTRAS MEDIDAS

O reconhecimento de participação na conduta investigada é uma exigência do RICade para a celebração de TCCs em casos de cartel, conforme artigo 185, *in verbis*:

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.

O Cade destaca que essa exigência já foi confirmada nos tribunais brasileiros²², não havendo possibilidade, portanto, de celebração de TCC em casos de cartel sem o reconhecimento de participação na conduta investigada, o qual deverá constar do termo.

Quanto à obrigação de não voltar a praticar a conduta investigada, ela decorre da redação do artigo 85, § 1º, inciso I, da própria Lei 12.529/2011, devendo, também, necessariamente constar do termo:

Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

§ 1º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos:

I - a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis;

II - a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas;

III - a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível.

De forma a garantir que o Proponente não volte a praticar a conduta investigada, poderá o Cade exigir que ele se comprometa a adotar medidas de prevenção. Essas medidas poderão vir contidas no termo de forma genérica ou detalhada, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Finalmente, esclarece-se que poderá ser requerido do Proponente que ele se comprometa a adotar medidas estruturais e/ou comportamentais que estimulem e/ou reestabeleçam a concorrência no mercado, ou ainda que reparem os efeitos negativos da conduta.

²² Sobre a exigência de reconhecimento da participação na conduta, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região já decidiu no sentido de que "a norma inserta no Regimento Interno do CADE não extrapolou os limites estabelecidos na legislação de regência, mas apenas veio regulamentar, com base em critérios objetivos, em que situações seria possível a celebração de Termo de Compromisso de Cessação, sendo que, no caso, é condição essencial para tanto o reconhecimento da participação na conduta por parte do compromissário.". Agravo de Instrumento 0070598-57.2013.4.01.0000/DF (30.01.2014) e Agravo de Instrumento 0004708-40.2014.4.01.0000 (03.02.2014), Relator Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian.

IV. MODELOS

O Cade dispõe de modelos de TCC (com especificidades de se ter ou não, por exemplo, “cláusula de adesão”, “cláusula guarda-chuva”).

Destaca-se que, em regra, a redação e a formatação do termo são padrões e devem ser mantidas de acordo com os modelos disponibilizados pelo Cade, ou alteradas no mínimo possível, a fim de agilizar as negociações e manter isonomia nos acordos. Pedidos de alteração pelo Proponente devem ser excepcionais e devidamente fundamentados em vista de circunstâncias concretas específicas. O Cade também se reserva o direito de fazer alterações quando circunstâncias específicas assim o demandarem.

PRELIMINAR