



**Requerimento nº 08700.001369/2009-09**

**Requerente:** Whirlpool S.A., Ernesto Heinzelmann, Laércio Hardt, Gilberto Heinzelmann, Dário Gert Isleb, Dailson Farias, Michael Inhetvin, Brasmotor S.A., Whirlpool S.A. – Unidade de Negócios Embraco, Nelson Effting e Paulo Frederico Meira de Oliveira Periquito.

**Advogados:** Túlio Egito Coelho, Pedro S. C. Zanotta e outros

**Relator:** Conselheiro **Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo**

**Ementa:** Proposta de celebração de Termo de Compromisso de Cessação – Práticas investigadas com indícios de violações à ordem econômica previstos no artigo 21, I, II, III e X da Lei nº 8.884/94 – Mercado brasileiro de compressores herméticos para refrigeradores – Aprovação da proposta – Suspensão do Processo Administrativo nº 08012.000820/2009-11 com relação aos compromissários.

**VOTO**

**Versão Pública**

**1. Do requerimento**

1. Trata-se de proposta para celebração de termo de compromisso de cessação (“TCC”) formulada por **Whirlpool S.A. (“Whirlpool”), Whirlpool S.A. – Unidade de Negócios Embraco (“Embraco”); Brasmotor S.A. (“Brasmotor”)**, em conjunto denominadas requerentes pessoas jurídicas, e **Paulo Frederico Meira de Oliveira Periquito, Ernesto Heinzelmann, Laércio Hardt, Gilberto Heinzelmann, Dário Gert Isleb, Michael Inhetvin, Nelson Effting**, em conjunto denominados requerentes pessoas físicas, todos integrantes do pólo passivo no Processo Administrativo nº 08012.000820/2009-11. A proposta apresentada cumpre o disposto no art. 129-A do Regimento Interno do CADE, com a nova redação dada pela Resolução CADE nº 46, de 6 de setembro de 2007, tendo sido deferido, a requerimento da proponente, tratamento confidencial aos termos da proposta e aos seus elementos durante a fase de negociação do compromisso.

## **Requerimento nº 08700.001369/2009-09**

2. Aludido Processo Administrativo foi instaurado diante de indícios de existência de contatos constantes, por meio de ligações telefônicas, e-mails e reuniões, no período de 1996 a 2008, entre participantes do mercado de compressores herméticos para refrigeração, tanto no Brasil quanto no exterior, para discussão de aumentos de preços, divisão de clientes e troca de informações comerciais sobre o mercado e sobre estratégias comerciais. Em âmbito nacional, os contatos concentravam-se supostamente entre os executivos da Tecumseh e da Whirlpool, com citações a concorrentes estrangeiros, como Danfoss e Matsushita.

3. O período de negociação iniciou-se em 15 de junho de 2009 com o Despacho nº 16/CEJR/2009, que constituiu a Comissão de Negociação e concedeu o prazo inicial de 30 (trinta) dias, com vencimento em 15 de julho de 2009. Após a realização de reuniões, e antes do término de período de negociação, o prazo para tal foi suspenso inicialmente pelo período de 15 (quinze) dias por meio do Despacho nº 22/CEJR/2009, com a determinação de encaminhamento de cópia dos autos para a Secretária de Direito Econômico proferir parecer. A suspensão continuou pelo período de 5 (cinco) dias a contar da juntada da nota técnica da SDE, diante da concessão de prazo para vista do procedimento às partes.

4. A SDE, em sua nota técnica, faz numerosas sugestões quanto aos seguintes aspectos: i) necessidade de assinatura individual para cada um dos requerentes; ii) teor da confissão da participação das requerentes; iii) suposta exigência legal de cooperação; iv) prazo de vigência do TCC; v) valor da contribuição pecuniária; vi) confidencialidade; vii) uso dos documentos apreendidos e viii) impossibilidade de inclusão de terceiros não signatários.

5. Após o término do período de negociação, os requerentes apresentaram a versão final de sua proposta de Termo de Compromisso de Cessação, que foi encaminhada junto com cópia dos autos à Procuradoria do CADE e i. membro do Ministério Público Federal para a emissão de pareceres. Em função dos pareceres apresentados por SDE, ProCADE e MPF e, conseqüentemente, dos argumentos ali apresentados, irei organizar o voto seguindo uma análise de cada uma das cláusulas que compõem o termo de compromisso de cessação, para tanto avaliando a legalidade, quando for o caso, e a conveniência e oportunidade da avença.

## **2. Da análise do requerimento**

6. É importante, desde o início, estabelecer que a análise de legalidade restringir-se-á aos elementos legais necessários à celebração do TCC. E que a análise do juízo de conveniência e oportunidade em celebrar eventual Termo de Compromisso de Cessação trata, em essência, da diferença das valorações das duas únicas alternativas possíveis diante da Administração Pública neste momento, quais sejam, i) celebrá-lo ou ii) rejeitá-lo<sup>1</sup>.

### **2.1. Das cláusulas primeira e segunda**

7. As Cláusulas Primeira e Segunda são simples reproduções de determinações legais e regimentais e possuem o objetivo de contextualizar as obrigações e efeitos previstos ao longo da minuta. Assim, é prescindível uma análise mais aprofundada de sua redação:

#### **Cláusula Primeira – Da Presunção Legal**

1.1. Nos termos das exigências contidas na legislação aplicável, a celebração deste Termo de Compromisso importa em admissão de fatos na forma da Cláusula Quarta abaixo, em relação ao Processo Administrativo n. 08012.000820/2009-11.

1.2. Os Compromissários e o CADE reconhecem que as declarações, obrigações e efeitos do presente Termo de Compromisso limitam-se ao mercado brasileiro e ao território nacional, e não têm qualquer relação com jurisdições ou territórios estrangeiros.

#### **Cláusula Segunda – Do Objeto**

2.1. O presente Termo de Compromisso tem por objeto, de modo geral, preservar e proteger as condições concorrenciais no mercado brasileiro de compressores herméticos, bem como suspender e, caso cumprido integralmente, encerrar, em relação aos Compromissários, a Investigação que está sendo conduzida por meio do Processo Administrativo mencionado acima.

---

<sup>1</sup> Art. 129-F. Concluído o período de negociação, a versão final do compromisso será pautada em caráter de urgência pelo Conselheiro-Relator para julgamento pelo Plenário do CADE, que somente poderá aceitá-la ou rejeitá-la, não podendo fazer contraproposta.

## **2.2. Da cláusula terceira**

8. A Cláusula Terceira concentra as obrigações a serem assumidas com eventual celebração do presente compromisso. Entretanto, diante da sua redação, verifica-se a necessidade de divisão de sua análise em duas partes principais, sendo a primeira destinada a discutir a questão da contribuição pecuniária (por si só, uma questão nodal do TCC) e a segunda destinada a abordar as demais obrigações dos compromissários.

### **2.2.1. Da contribuição pecuniária**

9. A primeira parte da Cláusula Terceira possui a seguinte redação:

#### **Cláusula Terceira – Das Obrigações dos Compromissários**

3.1. **Contribuição Pecuniária** – Os Compromissários obrigam-se individualmente a recolher ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos contribuição pecuniária, a qual não tem natureza de multa, nos valores elencados a seguir:

3.1.1. O GRUPO EMBRACO, obriga-se, conjunta e solidariamente, a recolher ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos contribuição pecuniária, no valor de **R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais)**, conforme descrito no Anexo I;

3.1.2. Os Compromissários Pessoas Físicas obrigam-se a recolher ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos contribuições pecuniárias individuais, no valor total agregado de **R\$ 3.068.180,00 (três milhões, sessenta e oito mil, cento e oito reais)**, conforme descrito no Anexo I. Essas contribuições serão recolhidas pelos próprios de forma individualizada e sem qualquer tipo de subsídio do GRUPO EMBRACO, tudo conforme descrito no Anexo I.

10. Conforme se verifica da leitura do trecho transcrito, as obrigações de recolhimento de contribuição pecuniária apresentam valores distintos quando relacionadas às requerentes pessoas jurídicas e quando relacionadas aos requerentes pessoas físicas. Assim, a análise da conveniência e oportunidade dos valores também deve ser realizada de forma separada.

### 2.2.1.1. Da contribuição pecuniária das pessoas jurídicas

11. A respeito da contribuição pecuniária das pessoas jurídicas, o douto MPF entende que, apesar de significativo, o valor proposto tornaria a prática da infração da ordem econômica benéfica para os compromissários, servindo como verdadeiro estímulo para tal. Fundamenta seu argumento nas seguintes premissas: (i) o valor da contribuição pecuniária proposto pelos requerentes pessoas jurídicas está aquém do mínimo legal e da vantagem auferida pela suposta conduta; ii) estaria ausente comprovação de faturamento das requerentes pessoas jurídicas; iii) o valor mínimo aceitável seria da ordem de R\$ 190.931.250,00 (cento e noventa milhões, novecentos e trinta e um mil, e duzentos e cinquenta reais).

12. Explico, com maior vagar, o argumento do MPF. Acolhendo argumento desenvolvido pela SDE em sua nota de instauração, o MPF faz referência a estudo da OCDE, segundo o qual os cartéis gerariam um sobre-preço estimado entre 10 a 20% comparado ao preço em um mercado competitivo. A esse elemento adiciona que, na nota técnica da SDE, haveria fortes indícios de existência de acordo para reajuste dos preços em 35% em 2004 (fls. 61); entre 16 e 17% em janeiro de 2005 (fl. 66); de 6% entre março e abril de 2005 (fl. 91); de 9% em 2006; e outros percentuais em 2008. Faz referência ainda à conclusão da SDE no sentido de que a prática teria perdurado 12 anos (de 1996 a 2008), o que resultaria, segundo o cálculo nos moldes sugeridos pela inferência do estudo da OCDE, em danos diretos ao consumidor na ordem de um bilhão de reais. Daí a conclusão do MPF no sentido de que o montante oferecido a título de proposta seria inferior à vantagem auferida.

13. Após essas conclusões, o MPF oferece cálculo alternativo. Os pressupostos iniciais para esse cálculo afirmam que a prática ora sob *commento* seria um cartel clássico e que o CADE, em condenações em situações análogas, tem aplicado multas variando entre 15 a 22,5% da base de cálculo utilizada<sup>2</sup> (além disso, fez referência o MPF a acordos em que o CADE teria aplicado os percentuais de 13 a 14% da base de cálculo utilizada<sup>3</sup>). Sob essas premissas, aplicando um percentual de [CONFIDENCIAL] sobre o faturamento da unidade EMBRACO, o MPF sugeriu como valor mínimo para a proposta o montante de R\$ 190.931.250,00 (cento e noventa milhões, novecentos e trinta e um mil, e duzentos e cinquenta reais).

<sup>2</sup> PA nº 08012.001826/2003-10 e PA nº 08012.000283/2006-66

<sup>3</sup> Requerimentos nº 08700.005321/2008-81, 08700.001882/2008-19 e 08700.002312/2009-19.

## Requerimento nº 08700.001369/2009-09

14. Ao fim, o MPF ainda sustenta irregularidades de caráter formal, como a ausência de indicação do faturamento na proposta final (ressalvando, no entanto, que os faturamentos haviam sido apresentados em minutas anteriores), bem como a inserção das outras sociedades empresárias que integram o Grupo Embraco em 13 de agosto de 2009; portanto, após o despacho de instauração do processo de negociação, datado de 15 de junho de 2009.

15. Expostos os argumentos do *Parquet*, passo à minha explanação sobre a legalidade e a conveniência e oportunidade da contribuição proposta.

16. Segundo o regimento interno do CADE, o valor da contribuição deverá levar em consideração, *inter alia*, o momento da proposta e o mínimo legal estabelecido no artigo 23 da Lei n. 8.884/94<sup>4</sup>. Esclareço que essa referência, por se tratar de empresa, diz respeito, nessa hipótese, a multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos (art. 23, inciso I). Esse inciso ainda se completa pela expressão “a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável”. Primeiro analisarei a base de cálculo a ser aplicada na hipótese, para após adentrar a questão relacionada à vantagem auferida, também constante da lógica de mínimo exposta no artigo.

17. De acordo com informações apresentadas pelos requerentes, a Whirlpool do Brasil registrou, em 2008, um faturamento aproximado de R\$ 6.184.557.000,00 (seis bilhões, cento e oitenta e quatro milhões, quinhentos e cinquenta e sete mil reais)<sup>5</sup>. No que tange a impostos, a empresa informou deduções no valor total de [CONFIDENCIAL], sendo, portanto, o faturamento de que trata o supramencionado artigo 23 da ordem de [CONFIDENCIAL], conforme se verifica da tabela abaixo:

### Tabela I - [CONFIDENCIAL]

---

<sup>4</sup> Art. 129-E. O CADE, na avaliação do valor da contribuição pecuniária, levará em conta, entre outros, o momento de propositura do compromisso e o mínimo legal estabelecido no artigo 23 da Lei nº 8.884/94.

<sup>5</sup> Em que pese o deferimento de tratamento confidencial às informações sobre faturamento da Whirlpool, por determinação expressa do artigo 45, inciso III, alínea g do Regimento Interno do CADE, o valor em questão deve ser tratado como público:

“Art. 45. Não será deferido tratamento confidencial de informações e documentos por parte do CADE quando:

(...)

III – forem relacionados, dentre outras, às seguintes categorias de informações:

(...)

g) patrimoniais, financeiras e empresariais de companhias abertas, inclusive as estrangeiras, e suas subsidiárias integrais, que devem ser publicadas ou divulgadas em virtude de legislação societária ou de mercado de valores imobiliários.”

## Requerimento nº 08700.001369/2009-09

18. Logo, o valor referente à contribuição pecuniária das requerentes pessoas jurídicas da proposta sob análise, na ordem de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) corresponde entre 1,5 e 2% do faturamento bruto da Whirlpool excluídos os impostos, respeitados, portanto, os parâmetros mínimos estabelecidos no artigo 23 da Lei nº 8.884/94.

19. Entretanto, a valoração de conveniência exige a contraposição dos termos em que se apresentam a presente proposta com os efeitos possíveis em caso de continuidade das investigações. No que tange às contribuições pecuniárias, a comparação deve ser realizada com um valor provável de imposição de multa em caso de condenação.

20. A construção de um conjunto de valores prováveis em caso de imposição de multa exige um juízo de proporcionalidade, com a estipulação de um valor que reflita os diferentes cenários que possam ser observados no futuro. De forma a viabilizar a realização desse juízo, a utilização do faturamento bruto da Unidade Embraco (que foi incorporada pela Whirlpool S.A. em operação societária em 2006)<sup>6</sup>, que de fato é a responsável pela produção e comercialização de compressores no mercado nacional, permite uma maior relação com o mercado supostamente afetado pela prática investigada. Isso porque a Whirlpool desenvolve atividades em outros mercados relevantes; daí, portanto, a medida de proporcionalidade.

21. A última informação pública relacionada ao faturamento da Unidade Embraco refere-se a 2005, ano anterior à sua incorporação à Whirlpool por meio de uma reorganização societária que também envolveu a Multibrás. De acordo com o balanço publicado na CVM, o faturamento da Embraco no aludido ano foi de R\$ 1.381.408.000,00 (um bilhão, trezentos e oitenta e um milhões, e quatrocentos e oito mil reais), sendo indicado como correspondente à receita bruta de vendas e serviços no mercado interno o valor de R\$ 507.543.000,00 (quinhentos e sete milhões, e quinhentos e quarenta e três mil reais).

22. Com base nos dados apresentados pelos requerentes sobre impostos recolhidos pela Embraco em 2005, estimou-se o valor de [CONFIDENCIAL]<sup>7</sup> para viabilizar o cálculo de proporcionalidade. Cumpre ressaltar mais uma vez que, porquanto a utilização de referido valor é com finalidade específica de proporcionalidade, o cálculo para eventual multa em caso de condenação e, consequentemente, o juízo de conveniência e oportunidade referente ao valor proposto a

---

<sup>6</sup> Explicarei, mais adiante, os detalhes dessa operação societária.

<sup>7</sup> Esse valor integra não apenas a simples comercialização de unidades de compressores em território nacional, mas também a receita com demais produtos e serviços relacionados.

## Requerimento nº 08700.001369/2009-09

título de contribuição pecuniária refere-se exclusivamente ao faturamento bruto da Whirlpool, em 2008, deduzidos os impostos, de acordo com disposição expressa do inciso I do artigo 23 da Lei nº 8.884/94.

23. A empresa apresentou documento identificando que o faturamento da Unidade Embraco, incluindo *Hedge*, para 2008 teria sido de [CONFIDENCIAL]. Assim, não há prejuízo ao se utilizar esse montante, por ser virtualmente idêntico nas duas hipóteses<sup>8</sup>, seja atualizando-se o último valor público para a unidade (já que, após 2005, não há mais um faturamento individualizado para a Unidade Embraco, responsável por compressores, em vista da sua incorporação pela Whirlpool S.A.), seja utilizando estimativas específicas para a unidade Embraco já incorporada à Whirlpool.

24. A utilização desse valor como medida de proporcionalidade não tem o condão de restringir o montante de multa a ser calculado pelo Plenário do CADE. Ele é menos um limite material de estipulação de multa e mais um parâmetro pelo qual é possível aproximar eventual condenação a uma proporcionalidade desejável dentre os demais representados, diante do extenso cenário permitido para condenação, que varia de 1 a 30% do faturamento bruto de cada representado, excluídos os impostos.

25. Nesse sentido, o máximo de multa proporcional com base na utilização do faturamento estimado para a unidade Embraco (que, repito, serve como medida de proporcionalidade a ser observada, já que a Whirlpool S.A. atua em mercados relevantes outros que não apenas o de compressores) seria da ordem de [CONFIDENCIAL], que corresponde a 30% do faturamento utilizado como parâmetro<sup>9</sup>.

### 2.2.1.2. Do cálculo do MPF

26. Ao considerar o valor de R\$ 190.931.250,00 (cento e noventa milhões, novecentos e trinta e um mil, e duzentos e cinquenta reais), a base de cálculo utilizada pelo MPF foi distinta (o seu cálculo pressupõe uma multa na ordem de [CONFIDENCIAL]<sup>10</sup>). Há uma simples explicação para isso. A base de cálculo

---

<sup>8</sup> Caso o Hedge fosse excluído, o valor de faturamento seria de aproximadamente [CONFIDENCIAL]. A inclusão do valor do Hedge na base de cálculo para juízo de conveniência e oportunidade se justifica por um argumento de coerência. Operações de Hedge são comumente utilizadas para conferir maior segurança às empresas que operam com razoáveis taxas de oscilações - como, por exemplo, taxas de câmbio -, de forma a evitar prejuízos advindos de sua flutuação. Dessa forma, há dúvidas de que essas operações seriam integralmente relacionadas às exportações, uma vez que essas não são as únicas atividades possivelmente afetadas por qualquer tipo de oscilação. Assim, a integração do valor do Hedge na base de cálculo permitiria a dispensa dessa análise detalhada de sua relação com as diferentes atividades da empresa.

<sup>9</sup> Tal valor corresponde a 30% de [CONFIDENCIAL].

<sup>10</sup> O MPF cita jurisprudência (PA 08012.001826/2003-10 e PA 08012.000283/2006-66) para sustentar a aplicação de percentuais que variam de 15% a 22,5% de multa). Nenhum desses casos, no entanto, se refere a situações em que a empresa, embora responsabilizada por conduta em um determinado mercado relevante, atue em outros segmentos.



## Requerimento nº 08700.001369/2009-09

utilizada pelo MPF foi de [CONFIDENCIAL],<sup>11</sup>, incluindo, portanto, o faturamento relacionado a exportações da divisão Embraco [CONFIDENCIAL], para mercados externos, que não compõem a atividade da unidade Embraco no Brasil, dizendo respeito a outras jurisdições, se for o caso. Ao utilizar o faturamento de [CONFIDENCIAL], refiro-me apenas ao faturamento correspondente ao mercado brasileiro, não incluindo as vendas para o exterior.

27. Esse, aliás, foi o critério utilizado no caso das mangueiras marítimas (soma das vendas no Brasil), citado pelo MPF em seu parecer como parâmetro a ser observado<sup>12</sup>. Na verdade, ao invés de [CONFIDENCIAL], a contribuição pecuniária proposta, na ordem de **R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais)** corresponde entre 20 e 27% , do faturamento da unidade Embraco; i.e., produção e comercialização de compressores no mercado brasileiro<sup>13</sup>. Bem acima, portanto, do percentual sugerido pelo MPF, na ordem de [CONFIDENCIAL], para fixar o valor mínimo para a proposta.

28. Ressalto, na oportunidade, que o recolhimento da contribuição pecuniária das Requerentes pessoas jurídicas e de parte das Requerentes pessoas físicas será feito em parcelas semestrais corrigidas pela taxa SELIC, em consonância com julgados recentes do Plenário<sup>14</sup>. Além disso, o valor encontra-se próximo ao cálculo elaborado pela SDE, que postula uma contribuição pecuniária na ordem de R\$ 101.830.000,00 (cento e um milhões, oitocentos e trinta mil reais) conforme reconheceu a ProCADE em seu parecer, no qual considera suficiente a contribuição proposta pelas requerentes.

---

Essa, aliás, é a justificativa, acatada pelo MPF, para a utilização do faturamento no da unidade Embraco como *proxy* de proporcionalidade.

<sup>11</sup> Daí, portanto, o trecho do parecer do MPF sobre eventual multa considerando o faturamento apenas da Embraco, *in verbis*: “caso se considerasse o faturamento apenas da EMBRACO e fosse aplicada a multa máxima de 30%, seu montante seria de [CONFIDENCIAL]”.

<sup>12</sup> “Em outros termos de compromisso o CADE tem aplicado os percentuais de 13% e 14% da base de cálculo utilizada (soma das vendas no Brasil), como no caso das mangueiras (Requerimento 08700.005321/2008-81)”

<sup>13</sup> Assim, a diferença entre o valor de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) proposto pelos requerentes pessoas jurídicas, que corresponde entre 20 e 27% do faturamento parâmetro, e o valor estimado em caso de eventual condenação em 30% da unidade Embraco (mercado nacional de compressores) é da ordem de 20% a 30%..

<sup>14</sup> PA nº 08012.000283/2006-66. No que tange aos TCCs, a SELIC foi utilizada para atualizar as parcelas nos acordos homologados no Processo Administrativo nº 08012.002493/2005-16;

### 2.2.1.3. Das considerações sobre vantagem auferida

29. Entendo que a questão relacionada à legalidade e à proporcionalidade da proposta encontra-se superada em função do descrito no item acima. No entanto, *ad argumentandum*, analiso os comentários constantes do parecer do Parquet a respeito da vantagem auferida. O MPF faz referência a evidências constantes dos autos do processo para concluir que há fortes indícios de que a proposta estaria aquém da vantagem supostamente auferida pela conduta anticompetitiva ora confessada: (i) reajustes entre 9 e 35% nos preços dos compressores; (ii) estudo da OCDE indica que cartéis geram sobre-preço estimado entre 10 e 20% comparado ao preço em um mercado competitivo; (iii) o prejuízo estimado pela SDE seria na ordem de um bilhão de reais (sendo que, apenas em 2008, entre R\$ 68 e 125 milhões). Para tanto, parte da premissa de que os indícios constantes dos autos indicariam a presença de um cartel clássico.

30. Não analisarei a premissa a respeito da existência ou não de um cartel clássico, já que o percentual ora aplicado abarcaria também essa hipótese, que poderá ou não se comprovar, caso a instrução perdure. De qualquer forma, é importante notar que o CADE tem definido cartéis clássicos como aqueles que implicam algum grau de institucionalização<sup>15</sup>, em contraposição a um cartel difuso, que não teria essa característica. A importância dessa distinção está relacionada, *inter alia*, à presunção de que um cartel institucionalizado tem um maior potencial lesivo do que um conluio que tenha características intermitentes (embora os dois sejam puníveis no âmbito da defesa da concorrência)<sup>16</sup>. Portanto, segundo as decisões recentes do CADE, a existência do ajuste de preços não tipifica a conduta como um cartel clássico. Para tanto, é necessário, como já dito, um elemento adicional: a sua institucionalização. De qualquer forma, parece-me que a própria SDE considera a hipótese de que a suposta conduta *in casu* pode, possivelmente, tratar-se de um cartel difuso e não clássico (certamente, essa

---

<sup>15</sup> Com relação à definição de cartel clássico, temos o voto do Conselheiro-Relator Luiz Carlos Prado no PA nº 08012.002127/2002-14: “O delito previsto na legislação de defesa da concorrência considerada mais grave e que é penalizado de forma mais severa na totalidade dos países que possuem instrumento legal é o **Cartel Clássico ou Integral**. Este é definido como **acordos secretos entre competidores, com alguma forma de institucionalidade**, com objetivo de fixar preços e condições de venda, dividir consumidores, definir nível de produção ou impedir a entrada de novas empresas no mercado.” (Destques nossos). O voto do Conselheiro-Relator Paulo Furquim no PA nº 08012.000283/2006-66 também ressalta a necessidade de complementação ao simples acordo entre concorrentes para a caracterização de um cartel clássico: “Aro, Somar e Smarja são acusadas de formar o chamado cartel clássico (cartel hardcore), em que concorrentes acordam preços, condições de venda, divisão de mercado e, ademais, apresentam **algum tipo de pressão contra eventuais defeções**.” (Destques nossos) Ainda nessa esteira, novamente o Conselheiro-Relator Luiz Carlos Prado, no voto do PA nº 08012.004241/2003-51, ressalta a necessidade de um grau de institucionalidade para a configuração de um cartel clássico: “Não foi demonstrada a existência de indícios de um Cartel Clássico, o que implicaria em evidências de coordenação de preços e/ou políticas comerciais entre concorrentes, **com algum grau de institucionalidade**.” (Destques nossos). No voto do Conselheiro-Relator do PA nº 08012.006019/2002-11, o fator institucionalização é novamente ressaltado: “Neste tipo de ilícito [coordenação de preços], menos grave que o Cartel Clássico, não há que se provar **durabilidade ou institucionalidade da associação**, mas apenas que o acordo sobre preços ou condições comerciais tenha existido e a viabilidade de que o referido acordo possa ter gerado efeitos, ainda que transitórios.” (Destques nossos)

<sup>16</sup> Presunção essa que certamente é *iusis tantum*.

## Requerimento nº 08700.001369/2009-09

indefinição também é resultado do estágio preliminar que se encontra o processo, pois nenhum dos requerentes apresentou sua defesa). Alguns trechos de notas da SDE corroboram o quanto dito neste parágrafo:

“os documentos confirmam tanto a **troca de informações** e reuniões entre concorrentes no Brasil, quanto no exterior.” (Fl. 87 dos autos)

“os materiais apreendidos (...) constituem fortes indícios de infração à ordem econômica e sinalizam que efetivamente as empresas se reuniam e **trocavam informações** a respeito de aumento de preços (...)” (Fl. 128 dos autos)

“Os indícios inicialmente apresentados à SDE pelos Beneficiários dão conta de um **suposto** cartel com o objetivo de acordar e/**ou discutir** aumentos de preços (...)” (Fl. 128 dos autos)

**31.** Ultrapassado esse ponto, que não pôde ser enfrentado com maior vagar (seja por não se tratar do momento oportuno, seja por conta da instrução encontrar-se em estágio preliminar), é necessário tratar dos pontos relacionados aos percentuais de reajuste e, conseqüentemente, da sua importância para averiguar eventual vantagem aferida.

**32.** Sem novamente entrar em considerações sobre as provas constantes dos autos, até porque isso constituiria em um adiantamento de uma análise de mérito sobre o caso, não há como necessariamente extrair a vantagem aferida apenas de indícios de trocas de informações sobre preços ou aumentos de preços (reajustes). Primeiro porque essas evidências não foram ainda expostas ao contraditório. E depois porque o que importa, na verdade, é o sobre-preço decorrente do suposto cartel que está embutido no reajuste, percentual esse que não foi estimado pela instrução especificamente para o caso, como explico com maior vagar no próximo parágrafo. O aumento de preços (reajuste) pode abarcar inúmeros outros elementos que não apenas o sobre-preço decorrente de um cartel, valendo mencionar, apenas como exemplo retórico, aumento nos custos de matéria prima, encargos trabalhistas, salário mínimo, energia elétrica, telefonia, dentre vários outros que se juntam ao eventual sobre-preço.

## Requerimento nº 08700.001369/2009-09

33. Por sua vez, a utilização de cálculos lastreados em premissas estabelecidas em estudos da OCDE têm valor meramente referencial, de nada servindo para apontar a vantagem auferida no caso concreto. Aliás, é notória a dificuldade em se calcular a vantagem auferida em razão de conluíus, não sendo outra a razão para a redação do artigo que determina multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, **quando quantificável**. A própria SDE afirma, em sua nota, que o cálculo dos danos de um cartel é desnecessário e difícil (fl. 129 dos autos). O mesmo ocorre com o cálculo da vantagem auferida, cálculo esse, aliás, que não ocorreu neste processo, que contou apenas com estimativas referenciais e não específicas.

34. Aliás, não só a SDE reconhece a dificuldade com relação ao cálculo do dano decorrente de um cartel e vantagem auferida aos concorrentes. A própria OCDE, em estudo intitulado *Fighting Hard-Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programs*, chega a essa inevitável conclusão, conforme se vê dos trechos selecionados abaixo:

“It is not easy to quantify these effects, however. It would require comparison of the actual market situation under the cartel to that which would exist in a hypothetical competitive market. Competition officials usually do not undertake to make such a calculation, both because it is difficult to do and because their laws usually do not require it. When an estimate of harm is necessary, however, most officials employ a proxy, which is the unlawful gain accruing to the cartel members from their activity. In its simplest form, this estimation is the product of the cartel “mark-up” above the competitive price and the commerce affected (in units) by the cartel agreement. Even this calculation can be difficult, as it requires an assessment both of the amount of “affected commerce” and of what the “competitive” price would have been absent the agreement. (Pág. 72)

That the harm from cartels is large is undisputed. Quantifying it precisely, however, is difficult. (Pág. 76)

**Calculating unlawful gain is also difficult, of course. In its simplest form it can be approximated by multiplying the increase in price resulting from the cartel agreement (the “overcharge”) by the amount of turnover (in units) subject to the agreement. Determining the hypothetical competitive price, or “reference price”, that is used to determine the unlawful margin is itself difficult. One can either attempt to make a prediction of what the**

## Requerimento nº 08700.001369/2009-09

**price would have been in the affected market, or use a “benchmark” price determined by examining one or more other markets comparable to the affected one where presumably there was no collusion. In sum, calculating the harm from cartels is difficult, and requires the use of various proxies and assumptions.**  
(Pág. 77)

Annex A also provides estimates of harm, expressed in terms of percentages of affected commerce, that could be derived in 14 of the cases. These estimates range from a low of 3% to a high of 65%. Specifically, there were two cases below 5%, five between 5% and 15%, four between 20% and 30%, and three at 50%-65%. Real-world data on actual harm is sparse, however. (...) Empirical data supporting these percentages are sparse. Interestingly, in the limited data (14 cases) from the survey, the median is between 15 and 20%. **At the very least it seems clear that the gain from cartel agreements can vary significantly from case to case, and sometimes it can be very high.**  
(Pág. 80)

### 2.2.1.4. Das demais considerações do MPF sobre a cláusula terceira.

**35.** Como dito anteriormente, o MPF teria identificado problemas de caráter formal relacionados à proposta, quais sejam: (i) ausência de indicação do faturamento na proposta final apresentada pelas requerentes (embora as minutas anteriores discutidas no âmbito do processo de negociação tenham indicado faturamento); e (ii) inserção das outras sociedades empresárias que integram o Grupo Embraco após o início do processo de negociação.

**36.** Esses argumentos possuem relevância e indicam a necessidade de padronização no processo de negociação de TCCs, cuja intensificação é fenômeno ainda recente ao CADE.

**37.** Dito isso, vejo um sentido jurídico para as duas hipóteses, que, a meu ver, afastam a eventual irregularidade dos pontos ora levantados. Primeiro, analiso a ausência de indicação do faturamento na proposta final. Da leitura do art. 129-A, verifica-se que, da proposta de compromisso de cessação de prática, deverão constar os seguintes elementos: (...) *em caso de empresa e/ou administrador, o valor do faturamento bruto anual da empresa no exercício anterior à instauração do processo administrativo ou averiguação preliminar, conforme for o caso.*

## Requerimento nº 08700.001369/2009-09

38. O Regimento do CADE tem que ser interpretado como um sistema. Da ordem dos dispositivos relacionados ao compromisso de cessação, percebe-se que o art. 129-A obriga ao proponente apresentar parâmetros mínimos para iniciar o processo de negociação, do qual a discussão sobre faturamento é um dos elementos mais relevantes, por representar a base de cálculo da contribuição pecuniária (o que, aliás, se confirmou na negociação que deu origem a este voto<sup>17</sup>). Não é à toa que o art. 129-D, posterior por ordem numérico-alfabética, indica o prazo de negociação<sup>18</sup>. E também não é à toa que, apenas a partir do disposto no art. 129-F<sup>19</sup>, o regimento faz menção à versão final da proposta. Daí, portanto, seguindo-se uma lógica sistemática, é possível supor que o disposto no art. 129-A foi observado pelas Requerentes, que apresentaram uma indicação de faturamento na proposta inicial encaminhada a este Relator.

39. Ainda que se excluísse a interpretação sistemática explanada no parágrafo anterior, mesmo assim qualquer eventual vício estaria sanado no momento deste voto. A uma, porque o faturamento da Whirpool S.A. é público, disponível no site da CVM (e o mínimo legal previsto no art. 23 da Lei n. 8.884/94, mesmo com impostos, teria sido observado pela proposta no valor de R\$ 100 milhões)<sup>20</sup>. E a duas, porque a proposta é parte do voto<sup>21</sup> e aqui menciono não só o faturamento público da Whirpool S.A. que, ao fim, é o faturamento que de fato constitui a base de cálculo para a multa (desde que excluídos os impostos, tal como previsto no dispositivo mencionado) e, conseqüentemente, para a contribuição pecuniária de um TCC, mas também o faturamento da unidade Embraco; i.e., a comercialização de compressores no mercado nacional, que utilizo como uma *proxy* para estimar um valor que esteja eivado de proporcionalidade, em função das características peculiares deste caso, que envolve empresa atuante em outros mercados. Eventual vício, que não acredito tenha existido, estaria, portanto, aqui sanado.

---

<sup>17</sup> Conforme o MPF aponta houve a apresentação de mais de um faturamento por parte das Requerentes: [CONFIDENCIAL]. (fls. 13 do parecer do MPF)

<sup>18</sup> Art. 129-D. O período de negociação será de trinta dias, contados do despacho do Conselheiro-Relator que abre este prazo, prorrogáveis, no máximo, por mais trinta dias, a critério do Conselheiro-Relator.

<sup>19</sup> Art. 129-F. Concluído o período de negociação, a **versão final** do compromisso será pautada em caráter de urgência pelo Conselheiro-Relator para julgamento pelo Plenário do CADE, que somente poderá aceitá-la ou rejeitá-la, não podendo fazer contraproposta.

<sup>20</sup> Disponível em [www.cvm.gov.br](http://www.cvm.gov.br).

<sup>21</sup> De fato, sendo o TCC espécie de transação, sua premissa básica envolve a exteriorização e convergência de vontades entre as partes que pretendem celebrá-lo, o que transforma o presente voto no instrumento próprio para a veiculação dos fundamentos, preceitos e interpretações relacionados aos termos da presente minuta, transparecendo de forma clara a sua complementaridade. Nesse sentido, a minuta deverá ser interpretada em consonância com os ditames e considerações realizadas quando de seu julgamento.

## Requerimento nº 08700.001369/2009-09

40. Também não vejo qualquer irregularidade quanto à inserção das outras sociedades empresárias após o início das negociações. Por conta dessa peculiaridade, não houve alteração no prazo de negociação, nem mesmo violação ao art 129-B<sup>22</sup>. Entendo que, em vista do princípio da eficiência, esculpido no caput do art. 37 da Constituição Federal, a otimização dos procedimentos é medida a ser fomentada pelos administradores públicos, desde que não haja prejuízo às partes ou à Administração Pública. Entendo que nenhum prejuízo ocorreu e, portanto, entendo o procedimento lícito, não merecendo qualquer reparo.

41. Além disso, circunstâncias fáticas explicam a inclusão *a posteriori* das outras sociedades empresárias no processo de negociação. Lembro que a proposta de TCC foi apresentada antes mesmo da instauração do processo administrativo. E que a introdução das demais pessoas jurídicas se deu logo após a referida instauração pela SDE, que incluiu a Whirpool Unidade Embraco – Compressores e Soluções de Refrigeração e a Brasmotor S.A., ao lado da Whirpool S.A., como representantes no processo administrativo.

42. Alguns esclarecimentos sobre a estrutura societária da Whirpool também são necessárias para explicar que não houve e nem há prejuízo, ao se considerar todas as sociedades empresárias para a formulação da proposta neste caso específico. Como se sabe, a Whirpool S.A. é uma sociedade que se formou em 2006 após uma reorganização societária que fundiu a Multibrás S.A. Eletrodomésticos e a Empresa Brasileira de Compressores S.A. – EMBRACO, sendo que estas duas últimas sociedades, Multibrás e Embraco, eram anteriormente controladas pela Brasmotor S.A., sociedade essa que pertencia ao Grupo Whirpool. Após a reorganização societária, Multibrás e Embraco foram transformadas em unidades de negócios, com inscrições próprias no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas<sup>23</sup>. A Brasmotor, por sua vez, permaneceu como sociedade sem atividade operacional, que possui participação no capital social da Whirpool.

---

<sup>22</sup> Art. 129-B. A proposta de compromisso somente poderá ser apresentada, ao Conselheiro-Relator ou ao Presidente do CADE, uma única vez.

<sup>23</sup> A necessidade de inscrição própria para cada uma das unidades de negócio da Whirpool se verifica no artigo 10, §1º da Instrução Normativa SRF nº 748, de 28 de junho de 2007, que determina a inscrição de cada um dos estabelecimentos de cada pessoa jurídica: *Art. 10. As entidades domiciliadas no Brasil, inclusive as pessoas jurídicas por equiparação, estão obrigadas a inscreverem no CNPJ, antes de iniciarem suas atividades, todos os seus estabelecimentos localizados no Brasil ou no exterior. § 1º Para efeitos de CNPJ, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, móvel ou imóvel, próprio ou de terceiro, em que a entidade exerça, em caráter temporário ou permanente, suas atividades, inclusive as unidades auxiliares constantes do Anexo V, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias.*

## Requerimento nº 08700.001369/2009-09

43. Aliado aos pontos fáticos e jurídicos levantados acima, adiciono que a lógica jurídica que resulta na inclusão das sociedades jurídicas que compõem o grupo Whirpool se fundamenta no disposto no artigo 17 da Lei n. 8.884/94, que determina serem solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico de fato ou de direito, que praticarem infração à ordem econômica. Dessa forma, ao se considerar coletivamente a Whirpool S.A., a Whirpool Unidade Embraco – Compressores e Soluções de Refrigeração e a Brasmotor S.A. como pessoas jurídicas requerentes, buscou-se apenas garantir segurança jurídica para o eventual acordo a ser assinado entre as partes requerentes e o CADE

44. .Dessa interpretação decorre uma constatação de ordem pragmática. Os efeitos práticos do recolhimento da contribuição pecuniária de maneira unificada pelas Requerentes pessoas jurídicas seriam, neste caso concreto, equivalentes ao eventual conjunto de diferentes estipulações para cada um. A Brasmotor S.A. é apenas uma sociedade holding que, de acordo com as Requerentes, não exerce atividade comercial (e, caso registre faturamento, este seria apenas o resultado de recursos repassados por obrigações legais e societárias pela Whirpool S.A.). A Embraco, por sua vez, trata-se apenas de uma unidade de negócios da Whirpool S.A., que possuiu tão somente inscrição no CNPJ apenas para fins fiscais. No mais a mais, entender de forma diferente geraria maior ônus para Administração Pública, que seria obrigada a quantificar individualmente as obrigações de cada uma das Requerentes pessoas jurídicas, o que seria ilógico e ineficiente no presente caso, impondo uma obrigação de acompanhamento para o cumprimento de obrigações para cada uma delas.

### 2.2.1.5. Da contribuição pecuniária das pessoas físicas

45. A construção de um valor provável de imposição de multa em caso de condenação de pessoas físicas apresenta um desafio diferente do que o verificado em caso de pessoas jurídicas, diante da possibilidade de parâmetros legais aplicáveis distintos, quais sejam, aqueles dispostos, respectivamente, nos incisos II<sup>24</sup> e III<sup>25</sup> do art. 23 da Lei n. 8.884/94. Distingue-se, portanto, a situação em que a pessoa física ocupa posição de administrador, direta ou indiretamente responsável pela suposta infração, das demais pessoas físicas. Lembro que, a exemplo das pessoas jurídicas, também foram

---

<sup>24</sup> II - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador.

<sup>25</sup> III - 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 de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente.



## Requerimento nº 08700.001369/2009-09

adicionados os nomes de duas pessoas físicas após o início do processo de negociação, mais especificamente o Sr. Nilson Effting e o Sr. Paulo Frederico Meira de Oliveira Periquito. Também não vejo qualquer irregularidade formal ou material com relação à essa inclusão *a posteriori*, aplicando-se aqui, no que couber, as explanações que desenvolvi a partir do item 44 deste.

46. De forma a permitir uma medida de proporcionalidade e razoabilidade, as Tabelas II e III a seguir elencam os valores atribuídos a cada requerente pessoa física a título de contribuição pecuniária constantes da proposta, comparando com a média de condenações anteriores e com a maior condenação aplicada pelo CADE nos últimos cinco anos:

### **Tabelas II e III- [CONFIDENCIAL]**

47. A comparação realizada nas tabelas acima se utilizou de condenações aplicadas com base no inciso III e no inciso II do artigo 23 da Lei nº. 8.884/94, incorporando a premissa legal de que há diferença nos critérios legais estabelecidos para uma multa (que se utiliza como medida de analogia, já que, no caso, trata-se de uma contribuição pecuniária) a participação das pessoas físicas com função de administradores (inciso II) e a participação das demais pessoas físicas (inciso III). As duas primeiras requerentes pessoas físicas listados apresentam, diante dos indícios de sua participação na conduta em questão, probabilidades significativas de, em caso de eventual condenação, serem considerados como administradores.

48. A terceira requerente pessoa física, por sua vez, apesar de também apresentar uma probabilidade de ser considerado como administrador, encontra-se em um grau de certeza inferior aos dois primeiros, levando-se em conta os indícios constantes dos autos do processo administrativo e, conseqüentemente, o estágio da instrução processual. Assim, sua análise reside no meio termo entre os dois incisos do artigo 23. O restante das requerentes pessoas físicas apresenta probabilidade significativa de serem excluídos da condição de administradores, impondo o uso do parâmetro do inciso III para cálculo de eventual multa.

## Requerimento nº 08700.001369/2009-09

49. Percebe-se que, a exemplo do que ocorre com a contribuição pecuniária proposta para as pessoas jurídicas, os valores propostos a esse título para as pessoas físicas encontram-se acima do mínimo legal, em observância ao disposto no art. 129-E do Regimento Interno do CADE, que relaciona a contribuição pecuniária ao mínimo legal estabelecido no art. 23 da Lei no. 8.884/94. É importante notar que, individualmente, todos os valores se encontram acima do patamar fixado naquele dispositivo, ressaltando-se ainda que as hipóteses de aplicação são distintas, ora referindo-se ao art. 23, II, ora referindo-se ao art. 23, III.

50. A conveniência e oportunidade dos valores apresentados se refletem nas tabelas acima, já que as contribuições pecuniárias propostas encontram fácil comparação com patamares firmados em condenações anteriores para pessoas físicas, o que certamente levou em consideração a gravidade da conduta tipificada, bem como o respectivo grau de participação ou envolvimento. Ressalto que, com relação às requerentes que se enquadram na condição de administradores **[CONFIDENCIAL]**.

51. A conclusão no sentido do reconhecimento, por parte deste Relator, sobre a patente conveniência e oportunidade das contribuições pecuniárias, que, no valor total agregado, atinge o montante de **R\$ 3.068.180,00 (três milhões, sessenta e oito mil, cento e oito reais)**, é reforçada diante dos efeitos esperados em caso de continuidade das investigações, como o aumento das possibilidades de discussões judiciais, da postergação no recolhimento do valor de eventual multa e da ausência de reconhecimento voluntário de infração. Ressalte-se, na oportunidade, que a SDE concordou com os valores da contribuição pecuniária pertinentes às pessoas físicas, que serão pessoalmente responsáveis pelo seu pagamento.

### 2.2.2. Das demais obrigações da cláusula terceira

52. A segunda parte da Cláusula Terceira possui a seguinte redação:

#### **Cláusula Terceira – Das Obrigações dos Compromissários**

(...)

**3.2. Busca e Apreensão e outros Documentos** – Os Compromissários comprometem-se a não contestar, administrativa ou judicialmente:

3.2.1. Os procedimentos de busca e apreensão de seus documentos que foram realizados na investigação antes da instauração do Processo Administrativo n. 08012.000820/2009-11 considerando que, (i) os documentos obtidos nessas buscas sejam usados apenas pelo Sistema Brasileiro de Defesa da

## **Requerimento nº 08700.001369/2009-09**

Concorrência (Secretaria de Acompanhamento Econômico, Secretaria de Direito Econômico e Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e apenas para os fins do referido Processo Administrativo; e (ii) seja ressalvado o direito dos Compromissários de solicitar a confidencialidade de documentos, nos termos dos artigos 26, 27 e 28 da Portaria/MJ nº 4, de 5 de janeiro de 2006.

3.2.2. O uso dos demais documentos referentes ao Processo Administrativo n. 08012.000820/2009-11, independentemente da origem, considerando que: (i) tais documentos sejam usados apenas pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Secretaria de Acompanhamento Econômico, Secretaria de Direito Econômico e Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e apenas para os fins do referido Processo Administrativo; e (ii) seja ressalvado o direito dos Compromissários de solicitar a confidencialidade de tais documentos, nos termos dos artigos 26, 27 e 28 da Portaria/MJ nº 4, de 5 de janeiro de 2006.

3.2.3. Não há limitação ao uso desses documentos pelos Compromissários, nem ao direito dos Compromissários de ter amplo acesso aos documentos apreendidos.

3.3. **Conduta Futura** – Os Compromissários se obrigam, de forma irrevogável e irretroatável, a se abster de praticar futuramente as condutas descritas na Cláusula Quarta a seguir.

3.4. **Colaboração** - Nenhuma colaboração será exigida dos Compromissários com relação à Investigação, em decorrência do presente Termo.

### **2.2.2.1. Das considerações dos órgãos pareceristas**

53. Diante das numerosas contribuições dos órgãos pareceristas a respeito das questões tratadas nas cláusulas contratuais acima, resolvi expô-las de maneira individualizada, separando-as por assunto. Os assuntos tratados acima envolvem (i) a renúncia ao direito de contestar a operação de busca e apreensão e o uso de documentos; (ii) a obrigação de cessar a prática da conduta anticompetitiva que ora as requerentes admitiram; e (iii) a ausência de obrigação de colaboração decorrente dos termos dispostos no termo de compromisso.

## Requerimento nº 08700.001369/2009-09

**54.** Entende o MPF que as cláusulas 3.2.1 e 3.2.2. seriam inválidas, pois teriam o condão de restringir o uso dos documentos apreendidos em busca e dos demais que constam do processo administrativo apenas ao feito em curso no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, já que tais documentos poderiam revelar outras infrações à ordem econômica, o que, por sua vez, justificaria a instauração de novas investigações, destacando ainda que a eventual assinatura do TCC ora proposto não impedirá a utilização dos documentos em outras esferas de responsabilidade, já que seus efeitos se restringem ao âmbito do SBDC.

**55.** Com relação à obrigação de cessação da prática da conduta, exposta na cláusula 3.3., o MPF entende que a proposta não reconhece a obrigação das requerentes no sentido de cessarem também os efeitos lesivos da prática investigada, o que seria uma determinação prevista no art. 53, § 1º, I, da Lei n. 8.884/1994 e no art. 129-A, I, do Regimento Interno do CADE. Sustenta o MPF que a interrupção dos contatos entre as Requerentes e competidores envolvendo informações comerciais não seria o suficiente para os efeitos dos dispositivos citados, sendo necessário que as Requerentes adotem medidas para cessar os efeitos dos atos praticados anteriormente, o que somente ocorreria se fossem reduzidos os preços dos compressores herméticos, retirando-se os reajustes decorrentes daquelas condutas, bem assim reparando os prejuízos sofridos por consumidores. Propõe ainda, como alternativa à redução correspondente dos preços, a concessão de descontos para os consumidores.

**56.** Sem fazer referência a dispositivos legais, o MPF sustenta que as requerentes deveriam assumir a obrigação de colaborar, tanto auxiliando na análise e na interpretação das evidências já recolhidas pela instrução, seja apresentando documentos posteriormente localizados que possam auxiliar na elucidação dos fatos. Ainda, defende que as partes requerentes deveriam contribuir para comprovar a existência de cartel internacional com efeitos no mercado brasileiro de compressores herméticos. Também sem fazer referência a dispositivo legal, a ProCADE adiciona a esse argumento que a redação somente deveria ser aceita caso os elementos ofertados nos autos já sejam totalmente suficientes para a instrução do caso.

**2.2.2.2. Da renúncia ao direito de contestar a operação de busca e apreensão e o uso de documentos pelo SBDC**

57. Entendo válidas e eficazes as obrigações dispostas nas cláusulas 3.2.1 e 3.2.2 da proposta de termo de compromisso de cessação apresentada. Isso porque essas avenças tão-somente representam renúncia ao direito de ação, por parte das Requerentes, relacionado à busca e apreensão e ao uso dos documentos por órgãos do SBDC, nada dispondo sobre a eventual possibilidade de restrição de uso dos documentos apreendidos e dos demais que constam apenas ao feito em curso no SBDC. Esse, aliás, é o entendimento da ProCADE:

“Vejo, de plano, que o compromisso de não contestar administrativamente e/ou judicialmente a busca e apreensão corresponde ao exigido pela Procuradoria. Isto caracteriza renúncia ao direito subjetivo de ação referente aos fatos”.

58. Aliás, concordo integralmente com a afirmação do MPF no sentido de que a eventual assinatura do TCC ora proposto não impedirá a utilização dos documentos em outras esferas de responsabilidade, já que seus efeitos se restringem ao âmbito do SBDC. A cláusula apenas ressalva que a renúncia ao direito de ação proposta pelas Requerentes limita-se aos procedimentos realizados pelo SBDC e ao uso dos documentos ali e alhures produzidos dentro do escopo dos respectivos órgãos que o compõem, mesmo porque, para a sua responsabilização em outras esferas, são necessários outros requisitos jurídicos; distintos, portanto, dos elementos que geram responsabilização administrativa sob a égide da lei n. 8.884/94. Para que não pairam dúvidas sobre sua interpretação, a cláusula deve ser lida da seguinte forma: se os documentos e/ou informações forem utilizados em outras instâncias que não a relacionada ao âmbito do SBDC, as Requerentes poderão exercer livremente o seu direito de defesa.

59. A simples leitura do caput dessa avença<sup>26</sup> revela que essa cláusula jamais poderá ter a pretensão de impedir o uso de documentos e/ou informações a outros órgãos públicos. Não há qualquer referência a essa proibição na cláusula, nem mesmo admitindo-se uma interpretação das mais extensivas aos textos ali propostos. Concordo, portanto, com as conclusões atingidas pela ProCADE em seu parecer a esse respeito:

---

<sup>26</sup> 3.2. **Busca e Apreensão e outros Documentos** – Os Compromissários comprometem-se a não contestar, administrativa ou judicialmente.

## Requerimento nº 08700.001369/2009-09

“Por outro lado, não vejo como a Administração possa eximir-se de fornecer os documentos requisitados por autoridades públicas, bem como de encaminhar às autoridades competentes aqueles que caracterizem a prática de crimes, o que deverá fazê-lo por dever de ofício não transigível”.

60. Por esses motivos, não vejo qualquer problema relacionado à legalidade dessas avenças (cláusulas 3.2.1. e 3.2.2.), que são, portanto, válidas e eficazes. Farei o juízo de conveniência e oportunidade dessas avenças em conjunto com a minha avaliação sobre a cláusula que trata sobre a ausência de colaboração (cláusula 3.4.).

### 2.2.2.3. Da obrigação de cessação da prática da conduta anticompetitiva

61. Como exposto em momento anterior, o MPF sustenta ser insuficiente a obrigação assumida pelas Requerentes na cláusula 3.3. da proposta<sup>27</sup>, tendo em vista o art. 53, parágrafo 1º, I, da Lei n. 8.884/1994 e o art. 129-A, I, do Regimento Interno do CADE. Baseia seu argumento na premissa de que as Requerentes não garantem a cessação dos efeitos lesivos da conduta, para o que seria necessária uma redução de preços no percentual dos reajustes que teriam sido acordados ou, alternativamente, uma concessão de descontos ao consumidor.

62. Aqui, entendo que há dois pontos a serem avaliados: (i) o escopo das obrigações previstas nos dispositivos citados (art. 53, parágrafo 1º, I, da Lei n. 8.884/1994<sup>28</sup> e art. 129-A, I, do Regimento Interno do CADE<sup>29</sup>); e (ii) como um preço competitivo volta a prevalecer no mercado após a prática de uma conduta anticompetitiva, tal como a aqui confessada.

---

<sup>27</sup> 3.3. **Conduta Futura** – Os Compromissários se obrigam, de forma irretroatável e irrevogável, a se abster de praticar futuramente as condutas descritas na Cláusula Quarta a seguir.

<sup>28</sup> Art. 53. Em qualquer das espécies de processo administrativo, 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, 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 para fazer **cessar** a prática investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis;

<sup>29</sup> Art. 129-A. Da proposta de compromisso de cessação de prática deverão constar, os seguintes elementos:

I – a especificação das obrigações do representado para fazer **cessar** a prática investigada ou seus efeitos lesivos, bem como as obrigações que entender cabíveis;

## Requerimento nº 08700.001369/2009-09

63. Embora qualquer dispositivo tenha uma miríade de interpretações possíveis, há sempre um limite, sob pena de se violar o princípio da segurança jurídica. Os dispositivos citados tratam, sem distinção entre eles nesse mister, sobre a obrigação para um proponente de termo de compromisso de cessação no sentido de interromper (cessar) a conduta e os efeitos da conduta anticompetitiva que praticou em violação ao diploma antitruste. Não há como estender o propósito relacionado à **cessação** com o objetivo relacionado à **reparação** dos danos que foram causados, que é um objetivo jurídico também relevante; porém, não constante dos dispositivos mencionados e que são pertinentes ao termo de compromisso de cessação. O objetivo almejado pelo MPF, ao analisar essa avença, sugerindo a redução de preços e a concessão de descontos, é a reparação dos danos causados pela prática e não a sua cessação (tanto da prática em si, como de seus efeitos). É possível depreender essa intenção do trecho abaixo reproduzido do parecer do MPF:

“Não se mostra suficiente a interrupção dos contatos e trocas de informações comerciais, mas, também, o compromisso dos representados adotarem medidas para cessarem os efeitos dos atos praticados anteriormente, tanto reduzindo os preços dos compressores herméticos, retirando os reajustes decorrentes daquelas condutas, **como reparando os prejuízos sofridos pelos consumidores e/ou concedendo-lhes descontos**” (pág. 9 do parecer MPF).

64. Cessar não pode ser entendido como reparar<sup>30</sup>. Nem mesmo sob uma ótica que inclua uma relação conteúdo-contidente, oriunda da matemática e aqui utilizada apenas como argumento retórico. Embora louvável a preocupação do Ministério Público Federal com relação à reparação dos danos eventualmente causados pela conduta, tal reparação não faz parte das finalidades do TCC. Ao contrário, há instrumentos jurídicos específicos para assegurar a reparação de danos causados, inclusive de maneira mais efetiva e adequada, como, por exemplo, aqueles previstos no art. 29 da Lei 8.884/94, que trata do direito de ação que todo e qualquer prejudicado pela conduta, por si ou pelos legitimados no art. 82 da Lei 8.078/90 (legitimados para propor ação civil

---

<sup>30</sup> Em um dicionário de sinônimos é possível verificar que não há intersecção entre os possíveis significados das duas palavras:

“**Cessar** Sin. Parar, interromper-se, suspender-se, acabar, findar, terminar. Deixar, desistir, cansar: *Não cessava de chorar (Constância)*. Ant – Continuar.

**Reparar** Sin. Restaurar, consertar, reformar, renovar, restabelecer. Fortificar, revigorar, reconstituir: *Reparar a saúde, as forças*. Recompensar, indenizar, compensar, remediar, pagar, satisfazer, ressarcir. Corrigir, melhorar, emendar, retocar: *Reparar um poema; reparar os erros*. Atenuar, disfarçar, cair, encobrir: *Reparar as ruínas da idade*. Desagravar. Olhar, observar, notar, refletir. Atentar, atender: *Não repara em serem aquelas cadeias de ouro, e estas de ferro (Vieira)*. (FERNANDES, Francisco. LUFT, Celso Pedro. Dicionário de Sinônimos e Antônimos da Língua Portuguesa. Editora Globo. Rio de Janeiro: 1982).

## Requerimento nº 08700.001369/2009-09

pública), possuem de ingressar em juízo para obter a reparação dos referidos danos, independentemente da existência de processo administrativo.

65. Ao termo de compromisso de cessação, por outro lado, o legislador reservou finalidade específica de cessação de prática e de seus efeitos lesivos como forma de privilegiar o princípio da eficiência, tornando mais eficaz o exercício do poder de polícia administrativo dos órgãos do SBDC, tanto pela redução de custos e recursos com a solução antecipada do processo administrativo, bem como pela imediata dissolução material da conduta e de seus efeitos no mercado atingido. Tanto é assim que o art. 53 da Lei 8.884/94 e seus parágrafos e incisos contemplam, como requisito do TCC, somente a obrigação de cessação da conduta e de seus efeitos, não mencionando em nenhum momento a obrigação de reparar eventuais danos causados, até porque, no âmbito do processo administrativo, isto é, no âmbito onde pode ser tomado o TCC, a certeza da existência de tais danos só será obtida com o julgamento final pelo CADE, sendo certo, inclusive, que mesmo a condenação pelo CADE prescinde da comprovação de existência de danos. Por outro lado, o dano, caso existente, sempre poderá ser reparado com fulcro no art. 29, mesmo que não exista processo administrativo.

66. O termo de compromisso de cessação, ao menos por conta dos dispositivos legais mencionados, não exige, para a sua aceitação por este Plenário, reparação dos danos causados pela prática anticompetitiva, sendo, para tanto, necessário apenas e tão-somente a interrupção da prática anticompetitiva, tal como a cláusula 3.3. prevê, uma vez que as requerentes se comprometem a não praticar novamente as condutas que reconhecem, no âmbito da minuta, como violações ao artigo 20 de Lei nº. 8.884/94.

67. E, no caso concreto, a interrupção da prática, tal como proposto pelas requerentes, serviria para cessar os efeitos da conduta anticompetitiva? Entendo que sim. Ao não entrar em contato com concorrentes, não lhes fornecendo informações de caráter comercial (o que, além de preços e aumentos de preços, incluem outras, como as referentes a clientes, áreas de atuação e afins – todas elas exemplos agregados referidos como “informações comerciais”, tal como disposto na cláusula quarta), a consequência imediata dessa abstenção é a formação individual dos preços, restaurando-se o que seria o “preço competitivo”, formado pelo ambiente competitivo saudável, ausente o elemento colusivo que trazia potencial sobre-preço. Não estendo esse argumento a todo e qualquer caso de TCC, por entender que a casuística pode demonstrar exemplos em que a simples interrupção não será o suficiente. Entendo, no entanto, que neste caso específico e nesta conduta específica, que a interrupção da prática atende o requisito disposto no art. 53, parágrafo 1º, I, da Lei n. 8.884/1994 e o art. 129-A, I, do RI-CADE.



#### 2.2.2.4. Da ausência de obrigação de colaboração

68. Primeiro, acredito que devo indicar as minhas considerações genéricas a respeito da colaboração para casos de TCCs envolvendo condutas colusivas. Entendo que a colaboração deve ser, sim, um elemento desejável a ser perquirido nas negociações, por todos os relevantes motivos sustentados pelos órgãos pareceristas. Mas, por outro lado, não há qualquer determinação legal que determine a colaboração como um elemento indispensável para a aceitação e conseqüente assinatura de uma proposta de termo de compromisso de cessação. Não se vê essa obrigação presente no art. 53 da Lei n. 8.884/94<sup>31</sup>, que determina os elementos que devem constar de um termo de compromisso de cessação, nem de qualquer outro dispositivo legal. E, naturalmente, a ausência de colaboração tem impactos para o proponente, para que uma proposta seja, ao fim e ao cabo, aceita pelo Plenário do CADE.

69. Há, neste caso específico, alguns elementos que tornam a colaboração um elemento de valia, no mínimo, discutível. O primeiro desses elementos diz respeito à extensão das operações de buscas realizadas no âmbito da instrução, que recolheram um número extensivo de documentos relevantes tanto relacionados à materialidade, como pertinentes à própria existência da conduta investigada, na sede e na residência dos representados no processo administrativo. Esse elemento pode trazer insegurança com relação à assunção de uma obrigação de colaboração, que deve ser avaliada pela autoridade de instrução. Outro elemento diz respeito ao fato de que a beneficiária da leniência e as requerentes do TCC que ora se apresenta representam praticamente 100% do mercado nacional, e de que um número significativo de pessoas físicas supostamente envolvidas já foi identificado, existindo um conjunto substancial de evidências recolhidas por meio dos procedimentos de busca.

---

<sup>31</sup> Art. 53. Em qualquer das espécies de processo administrativo, 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, 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 para fazer cessar a prática 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.

## Requerimento nº 08700.001369/2009-09

70. O risco, portanto, de que a obrigação de colaboração, cuja contrapartida é, em geral, uma redução na contribuição pecuniária, seja considerada inadimplida diante deste caso concreto não seria desprezível. Esse risco se dá tanto em relação ao Administrado, que se vê em uma situação de insegurança jurídica, como em relação à Administração Pública, que aceita uma redução no valor da contribuição pecuniária, por presumir uma contrapartida efetiva. Em razão desse risco, buscou-se, como alternativa, garantir uma maior segurança para utilização dos documentos presentes nos autos, com a estipulação da obrigação de não contestá-los, prevista na Cláusula 3.2. e, mais especificamente, na cláusula 3.2.1. e 3.2.2. Neste caso específico, portanto, considero que o desconto pela colaboração seria prejudicial à Administração Pública, que abriria mão de parte da contribuição, sem contrapartida adequada.

71. Em que pese o alegado pela SDE em sua nota técnica, imprescindíveis são apenas os elementos previstos no §1º do artigo 53 da Lei nº 8.884/94, dentre os quais não se encontra a necessidade de colaboração, que só deve ser exigida quando oportuna e conveniente<sup>32</sup>. Neste caso específico, verificou-se que o juízo dessa conveniência indicava a ausência de colaboração como a melhor solução para a Administração Pública, tendo em vista os riscos apontados, não se aplicando esse desconto específico para o TCC, cuja contribuição pecuniária ficou substancialmente acima do percentual proposto pelo Ministério Público, na ordem de [CONFIDENCIAL]. Como explicitado ao longo deste voto, o percentual aplicado foi na ordem de 20 a 25% do faturamento da unidade Embraco, justificando-se, *inter alia*, pela ausência de colaboração. Daí, portanto, a conveniência e oportunidade dessa cláusula

72. Um último ponto relevante diz respeito ao alcance do texto proposto no TCC. A cláusula 3.4. simplesmente declara que “nenhuma colaboração será exigida dos Compromissários com relação à Investigação, **em decorrência do presente Termo**”. Não se cria, portanto, qualquer direito subjetivo para os Compromissários no sentido de que estariam isentos do cumprimento de qualquer dispositivo legal que demande de si documentos, informações ou esclarecimentos, tal como o disposto no art. 26 da Lei n. 8.884/94.

---

<sup>32</sup> Nesse sentido, o voto do Conselheiro Paulo Furquim no Req. 08700.004992/2007-43: “Por parte da representada, os direitos renunciáveis, que assumem a forma de obrigações de não fazer, bem como os demais tipos de obrigações passíveis de estipulação, podem assumir diversas formas. Há conteúdos de previsão obrigatória, e **outros que dependem do acordo entre as partes**. As estipulações cuja previsão é obrigatória são: (i) obrigação de cessar a prática delituosa; (ii) fixação de um valor a título de multa pelo não cumprimento do acordo, dentre outras sanções possíveis; (iii) obrigação de recolher uma contribuição pecuniária ao Fundo de Direitos Difusos (“FDD”), em valor a ser fixado pelo CADE. **Exemplos de estipulações cuja previsão é facultativa, pendente de negociação são:** (i) obrigação de implementar um programa de prevenção à infrações a ordem econômica (programa de compliance); **(ii) renúncia ao direito de não produzir prova contra si mesmo, que assume a forma de obrigação de colaborar com as investigações em curso no SBDC;** (iii) renúncia ao direito de se declarar inocente, que assume a forma de reconhecimento de culpa, possuindo implicações relevantes na credibilidade do compromisso de interrupção do litígio; (iv) renúncia a direitos processuais, tais como o de continuar litigando, tanto dentro do processo administrativo em questão, como em eventuais processos judiciais decorrentes.

**2.3. Da cláusula quarta**

73. A Cláusula Quarta prevê:

**Cláusula Quarta – Exigência do Artigo 129-G**

4.1. O GRUPO EMBRACO admite, na forma do art. 129-G do Regimento Interno do CADE, a existência de contatos entre funcionários da Embraco e funcionários de concorrente nos quais foram trocadas informações comerciais, inclusive informações relacionadas a preços e aumentos de preços, referentes ao mercado brasileiro de compressores herméticos, em violação ao Artigo 20 da Lei n. 8.884/94.

4.2 Os Compromissários Dailson Farias, Dário Gert Isleb, Ernesto Heinzelmann, Gilberto Heinzelmann, Laércio Hardt, Michael Inhetvin e Nilson Effting, admitem, na forma do art. 129-G do Regimento Interno do CADE, a existência de contatos entre funcionários da Embraco e funcionários de concorrente nos quais foram trocadas informações comerciais, inclusive informações relacionadas a preços e aumentos de preços, referentes ao mercado brasileiro de compressores herméticos, em violação ao Artigo 20 da Lei n. 8.884/94.

4.3. O Compromissário Paulo Frederico Meira de Oliveira Periquito, tendo agora tomado conhecimento dos fatos relevantes deste Processo e, com base nos documentos que foram juntados aos autos do Processo Administrativo n. 08012.000820/2009-11, admite, na forma do art. 129-G do Regimento Interno do CADE, a existência de contatos entre funcionários da Embraco e funcionários de concorrente nos quais foram trocadas informações comerciais, inclusive informações relacionadas a preços e aumentos de preços, referentes ao mercado brasileiro de compressores herméticos, em violação ao Artigo 20 da Lei n. 8.884/94.

### 2.3.1. Das considerações dos órgãos pareceristas

74. Com relação à questão da redação da Cláusula Quarta, o i. representante do MPF junto ao CADE entendeu por bem tecer os seguintes comentários: (i) supostamente haveria indícios nos autos do Processo Administrativo que permitiriam concluir que a conduta não se restringia à troca de informações comerciais, incluindo preços e aumentos de preços, mas também envolvia acordos e discussão para fixação de preços e descontos; ii) dentre as finalidades de um TCC, encontra-se a proteção ao programa de leniência e a redação atual do reconhecimento da conduta reduziria os incentivos para a continuidade do programa.

### 2.3.2. Da confissão

75. Análise minuciosa do conjunto probatório deve ser realizada quando do julgamento do mérito. O momento processual em que se encontra o Processo Administrativo não permite conclusões seguras com relação a essa questão; muito pelo contrário, produz questionamentos sobre a natureza da conduta. Aliás, esses questionamentos atingem inclusive a própria SDE, quando afirma que “Os indícios inicialmente apresentados à SDE pelos Beneficiários dão conta de um **suposto** cartel com o objetivo de acordar e/**ou** discutir aumentos de preços (...)” (Fl. 128 dos autos). Ou seja, a própria autoridade investigadora, em seus comentários sobre a totalidade do conjunto probatório, demonstrava claras dúvidas sobre a dinâmica da conduta<sup>33</sup>. E isso é natural, levando em consideração que o processo encontra-se ainda em estágio inicial.

76. Ressalto que a confissão decorre de obrigação estabelecida no art. 129-G<sup>34</sup>, por ter ocorrido um acordo de leniência nos autos do processo administrativo. Isso não significa, por completa ausência de previsão legal nesse sentido, que o órgão instrutor determinará o escopo da confissão, no momento que tipificar a conduta na instauração do processo administrativo ou mesmo no momento em que assinar um acordo de leniência. Além disso, desrespeita o ordenamento jurídico qualquer tipo de exigência por parte da Administração Pública para que indivíduos reconheçam condutas que não praticaram. Assim, no presente caso, houve o reconhecimento claro e expresso por parte

---

<sup>33</sup> Conforme ressaltado anteriormente no presente voto, a incerteza da SDE com relação à dinâmica da minuta também é verificada nas duas situações em que a Secretaria tece comentários gerais sobre a totalidade do conjunto probatório: “os documentos confirmam tanto a **troca de informações** e reuniões entre concorrentes no Brasil, quanto no exterior.” (Fl. 87 dos autos); “os materiais apreendidos (...) constituem fortes indícios de infração à ordem econômica e sinalizam que efetivamente as empresas se reuniam e **trocavam informações** a respeito de aumento de preços (...)” (Fl. 128 dos autos).

<sup>34</sup> Art. 129-G. Nos casos em que houver sido celebrado acordo de leniência pela SDE, o compromisso de cessação deverá necessariamente conter reconhecimento de culpa por parte do compromissário. Nos demais casos, a exigência da confissão de culpa ficará a critério do CADE.

## Requerimento nº 08700.001369/2009-09

dos compromissários daquilo que era incontroverso no presente momento da propositura do acordo.

77. Endereço inicialmente a questão relacionada a TCCs e acordos de leniência, apenas para dizer que nenhum deles é um fim em si mesmo. O objetivo de interesse público que permeia ambos, na verdade, é a efetividade no combate a condutas anticompetitivas, para o correto e adequado desenvolvimento do programa brasileiro de combate a cartéis. Não há e nem é desejável uma gradação, mas sim uma obrigação por parte dos órgãos que compõem o SBDC no sentido de encontrarem a relação ótima de coexistência entre esses dois efetivos instrumentos para maximizar a detecção, punição e prevenção de práticas infratoras à ordem econômico. Entendo oportuno citar trechos, a esse respeito, de voto do Conselheiro Furquim:

“Deve-se destacar, inicialmente, que a possibilidade de celebração de TCCs em casos de cartel se insere e complementa o programa brasileiro de combate a cartéis. Esta modalidade de acordo deve ser entendida como parte desse programa, a exemplo do acordo de leniência, sendo os benefícios dele resultantes amplificados pelo sucesso na detecção de cartéis. Ou seja, considerando que o objetivo da autoridade antitruste é maximizar a detecção, punição e prevenção de práticas anticompetitivas, deve ser ponderada qual a combinação ótima da utilização destes dois mecanismos – TCC e acordos de leniência – de forma que o prejuízo social decorrente de condutas anticompetitivas seja o menor possível (...) Note-se que a SDE agrupou em um mesmo nível o fim que deve ser perseguido pelas autoridades de defesa da concorrência, qual seja, “dissuadir futuras práticas lesivas à concorrência”(i.e., o *enforcement* da política de defesa da concorrência), e instrumentos que servem a este objetivo último. O Programa de Leniência não é um fim em si mesmo, mas um importante mecanismo para dissuadir condutas uniformes lesivas à concorrência, este sim um fim da política de defesa da concorrência. O mesmo se aplica à eliminação de “obstáculos à persecução administrativa e criminal de cartéis”, mandados de busca e apreensão, métodos estatísticos para a detecção de cartéis o próprio TCC, que, como visto, é parte do programa de combate a cartéis”.

## Requerimento nº 08700.001369/2009-09

78. Pode-se de fato extrair da leitura do art. 129-G que a proteção dos acordos de leniência passa pela confissão de culpa em TCCs. Entretanto, parece um tanto inadequado supor que esta transação teria o condão de desestimular a celebração de acordos de leniência. De acordo com o art. 35-B da Lei n. 8.884/94, o beneficiário da leniência recebe imunidade total ou redução de um a dois terços da penalidade aplicável. Lembro, por oportuno, que a proposta de contribuição pecuniária, tanto das pessoas jurídicas, como das pessoas físicas administradoras, em muito superam a menor redução possível que pode ser aplicada em função de um acordo de leniência. Na hipótese de uma situação análoga à presente, bastaria perguntar se uma sociedade empresária teria mais incentivo em buscar uma leniência e colaborar com a investigação, recebendo em contrapartida imunidade total, tal como ocorreu na presente situação, ou celebrar um TCC em termos idênticos ao presente, pagando, no entanto, uma contribuição pecuniária na ordem de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais), que praticamente corresponde à sanção esperada em caso de efetiva condenação.

79. E, além disso, entendo que a confissão constante da cláusula quarta acima, ao esclarecer a ação constante na troca de informações sensíveis com concorrentes, incluindo preços e aumentos de preços, em violação ao art. 20 da Lei n. 8.884/94 é suficiente para atender o disposto no art. 129-G do RI do CADE. Concordeu com essa leitura, o parecer emitido pela ProCADE, cujo trecho reproduzo logo abaixo:

“Percebe-se o reconhecimento de culpa pelos compromissários, especialmente de que houve troca de informações comerciais, inclusive preços, nos termos da exigência do art. 129-G do Regimento do CADE. Assim, embora a sugestão de redação de cláusula apontada pela SDE pareça mais completa, detalhando inclusive o período em que a prática teria sido empreendida, v.g. “especificamente que acordou com os concorrentes Tecumseh, Danfoss, ACC e Matsushita, informações comercialmente sensíveis relativas a preços, clientes, volumes de venda, entre outros, com efeitos no mercado brasileiro de compressores herméticos para refrigeração pelo menos de 1996 a 2008, nos termos da declaração de culpa anexa” isso não caracteriza imperativo para celebração do acordo. Posto isto, dentro da estrutura legal e regimental delineada, o importante é reconhecer a prática e sujeitar os infratores às responsabilidades criminais e do art. 29 da Lei 8.884/94”. (fls 5 do parecer da ProCADE).

## **Requerimento nº 08700.001369/2009-09**

**80.** A dificuldade de aplicação do artigo 129-G se verifica justamente na divergência entre as diferentes interpretações de determinada conduta, principalmente entre aquela apresentada pelo beneficiário do acordo de leniência e aquela de proponentes de compromissos de cessação de prática. Por certo descabe à autoridade exigir que eventual signatário de termo de compromisso de cessação reconheça o que não fez, bem como seria inadequado e irrelevante o reconhecimento, por parte do mesmo signatário, de práticas que não guardam relação com aquela apontada nos autos. Assim, uma redação adequada para eventual cláusula de reconhecimento de violação à ordem econômica deve ser aquela que, respeitadas as individualidades de cada requerente e sua interpretação sobre a conduta, guarde relação com o que foi definido nos autos do Processo Administrativo a que faz referência.

**81.** Nesse sentido, a cláusula transcrita guarda essa relação entre o entendimento dos requerentes acerca da conduta, e sua interpretação com base nos documentos presentes nos autos, com a prática inicialmente descrita nos autos do Processo Administrativo nº 08012.000820/2009-11 e com os termos sugeridos pela SDE em sua nota técnica.

**82.** Portanto, a redação da Cláusula Quarta se apresenta como conveniente e oportuna em consonância com os demais termos da proposta de compromisso de cessação.

### **2.4. Da cláusula quinta**

**83.** A Cláusula Quinta dispõe:

#### **Cláusula Quinta – Da Obrigação de Informação**

5.1. De forma a permitir a fiscalização do cumprimento integral deste Termo de Compromisso, os Compromissários obrigam-se a apresentar ao CADE demonstrativo com informações sobre o desenvolvimento e acompanhamento das obrigações de pagamento assumidas neste Termo de Compromisso, com cópia dos recibos de pagamento de cada uma das parcelas, nos termos da Cláusula 3.1. e do Anexo I. Esses demonstrativos, na forma do Anexo II, serão apresentados ao Presidente do CADE em até 10 (dez) dias a partir de cada pagamento.

## **Requerimento nº 08700.001369/2009-09**

**84.** A redação da presente cláusula se relaciona com as medidas necessárias para o acompanhamento do cumprimento do TCC e apresenta-se de forma coerente e adequada.

### **2.5. Da cláusula sexta**

**85.** A Cláusula Sexta se relaciona à determinação legal prevista nos §§ 5º e 6º do artigo 53 da Lei nº 8.884/94<sup>35</sup>, o que dispensa maiores comentários:

#### **Cláusula Sexta – Da Suspensão do Processo Administrativo**

6.1. O Processo Administrativo n. 08012.000820/2009-11 ficará suspenso exclusivamente com relação aos Compromissários a partir da assinatura e durante o período de vigência do presente Termo de Compromisso, sem qualquer decisão de mérito em relação aos Compromissários.

### **2.6. Da cláusula sétima**

**86.** A vigência do termo de compromisso de cessação está prevista na cláusula sétima:

#### **Cláusula Sétima – Do Prazo de Vigência**

7.1. O presente Termo de Compromisso vigorará, para cada Compromissário, por um período de sessenta e sete meses, contados a partir da data da assinatura do presente Termo, ou até o integral cumprimento das suas obrigações, o que ocorrer primeiro.

7.2. Os Signatários deste Termo reconhecem a continuidade apenas das obrigações descritas nas Cláusulas 3.2, 10 e 14 após o prazo de vigência definido na Cláusula 7.1. acima.

---

<sup>35</sup> Art. 53. (...)

§5º 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.

§6º A suspensão do processo administrativo a que se refere o §5º deste artigo dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados.



## Requerimento nº 08700.001369/2009-09

87. A Cláusula 7.1. se relaciona com o prazo para recolhimento das prestações que compõem a contribuição pecuniária, contemplando a possibilidade de término diferenciado para cada requerente, de acordo com o prazo para cumprimento de suas obrigações específicas, o que confere maior segurança conforme sugestão da SDE<sup>36</sup>.

88. A Cláusula 7.2., por sua vez, lista os efeitos que permanecerão após o término da vigência do acordo, tais como a obrigação de não contestação dos documentos, a suspensão do processo administrativo e o caráter confidencial a determinadas informações.

89. A previsão de continuidade de produção de efeitos das Cláusulas 3.2, 10 e 14 se faz necessária para a viabilidade do presente acordo, uma vez que seria incoerente que o processo voltasse a tramitar em face dos compromissários ou que estes pudessem discutir os documentos dos autos após a vigência do TCC.

### 2.7. Da cláusula oitava

90. A Cláusula Oitava cumpre a exigência prevista no inciso II do §1º do artigo 53<sup>37</sup>:

#### **Cláusula Oitava – Do Descumprimento do Termo de Compromisso**

8.1. O eventual descumprimento do Termo de Compromisso por algum dos Compromissários deverá ser obrigatoriamente declarado pelo Plenário do CADE, nos termos do art. 7º, inciso VI, da Lei 8.884/94. Entretanto, será resguardado o direito do referido Compromissário faltoso à ampla defesa na demonstração do cumprimento das obrigações, incluindo a possibilidade de apresentação de provas. Os efeitos de eventual descumprimento se limitam ao Compromissário faltoso e não afetam os demais.

8.2. Os Compromissários estarão sujeitos, exclusivamente, a multa diária de 5 mil UFIR no caso de atraso injustificado ou sem consentimento prévio no cumprimento da obrigação estabelecida na

---

<sup>36</sup> A SDE opinou “(...) pela individualização dos TCCs, que levará a maior segurança no tocante à duração de cada um deles”. Uma vez que a necessidade de individualização dos TCCs foi considerada desnecessária até mesmo pelo douto MPF (Fl. 8 do parecer), buscou-se uma alternativa que permitisse a verificação de cumprimento das obrigações individualmente por cada compromissário, de forma a garantir uma vigência própria para cada um.

<sup>37</sup> Art. 53 (...)

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

(...)

II – a fixação de multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas;

## **Requerimento nº 08700.001369/2009-09**

Cláusula 5.1 acima. O descumprimento das obrigações expressas na aludida Cláusula somente poderá ser considerado como descumprimento parcial do presente Termo.

8.3. No caso de atraso do recolhimento em até o prazo de 90 dias, injustificado ou sem consentimento prévio, de parcelas das contribuições pecuniárias estabelecidas na Cláusula 3.1 e no Anexo I, o Compromissário faltoso estará sujeito, exclusivamente, a uma multa nos termos descritos a seguir:

8.3.1. No caso do GRUPO EMBRACO, multa diária no valor de 20 mil UFIR;

8.3.2. No caso dos Compromissários Pessoas Físicas, multa diária no valor de 5 mil UFIR;

8.4. O atraso, injustificado ou sem consentimento prévio, no recolhimento das parcelas das contribuições pecuniárias por prazo superior a 90 dias será caracterizado como desídia do Compromissário faltoso em observar os termos do presente Termo, com a conseqüente declaração definitiva de seu descumprimento integral pelo Plenário do CADE, nos termos da Cláusula 8.6., e imposição, exclusiva, de multa:

8.4.1. No caso do GRUPO EMBRACO, no valor de 100 mil UFIR;

8.4.2. No caso dos Compromissários Pessoas Físicas, no valor de 20 mil UFIR para os administradores e 5 mil UFIR para os demais.

8.5. Além da hipótese de descumprimento das obrigações de recolhimento da contribuição pecuniária, serão consideradas também como descumprimento total do presente Termo, sujeitas a imposição de multa, nos termos das Cláusulas 8.4.1 e 8.4.2.:

8.5.1. A constatação de descumprimento da obrigação descrita na Cláusula 3.2.;

8.5.2. A retomada das práticas reconhecidas e descritas na Cláusula Quarta pelo GRUPO EMBRACO, durante a vigência do presente Termo.

8.6. Uma vez constatado, pelo Plenário do CADE, o descumprimento do presente Termo de Compromisso, o Processo Administrativo n. 08012.000820/2009-11 voltará a tramitar em face do(s)

## **Requerimento nº 08700.001369/2009-09**

Compromissário(s) faltoso(s), sendo-lhe(s) garantido direito de defesa nos termos da lei e extinção da obrigação de recolhimento das parcelas de contribuição pecuniária restantes.

**91.** Uma vez que a proposta contempla diversas obrigações específicas, algumas das quais aplicáveis a grupos distintos de Requerentes (sobretudo ao se avaliar a presença de requerentes pessoas físicas e requerentes pessoas jurídicas), verificou-se a necessidade de estipulação de hipóteses diferentes de descumprimento, que cobrissem a maior série de eventos possíveis, com conseqüentes penalidades distintas. Assim, da análise da aludida cláusula com as demais obrigações, percebe-se que a mesma se encontra coerente e adequada, bem como em consonância com os requisitos legais previstos no art. 53, inciso II, da Lei nº 8.884/94<sup>38</sup>.

### **2.8. Da cláusula nona**

**92.** A redação da Cláusula Nona se relaciona com a previsão do §5º do artigo 53:

#### **Cláusula Nona – Do Arquivamento da Investigação**

9.1. Verificado o efetivo cumprimento integral das obrigações assumidas por cada Compromissário, na forma da Cláusula Sétima acima, o Processo Administrativo n. 08012.000820/2009-11 será arquivado em relação aos Compromissários, nos termos do art. 53, §5º, da Lei n. 8.884/94.

9.2. O eventual descumprimento do Termo de Compromisso por um Compromissário não impede o Plenário do CADE de reconhecer o efetivo cumprimento por parte dos demais. Em caso de descumprimento parcial, o Plenário só poderá determinar o arquivamento do Processo Administrativo com relação ao Compromissário faltoso depois de regularizada sua situação, com o devido recolhimento da multa imposta nos termos da Cláusula Oitava acima.

---

<sup>38</sup> Art. 53. Em qualquer das espécies de processo administrativo, 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, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

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

(...)

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

## Requerimento nº 08700.001369/2009-09

93. A presente cláusula tão-somente apresenta a sistematização para o arquivamento da investigação em caso de cumprimento integral do termo de compromisso de cessação, de forma a cobrir a maior série de eventos possíveis.

### 2.9. Da cláusula décima

94. A Cláusula Décima, assim como as Cláusulas Sexta e Nona, se relaciona com os §§ 5º e 6º do artigo 53 da Lei nº 8.884/94<sup>39</sup>, e prevê a interpretação desses dispositivos no âmbito do presente acordo:

#### Cláusula Décima – Do Escopo do Termo de Compromisso

10.1. O CADE reconhece que os efeitos do presente Termo se estendem a todas as pessoas jurídicas e entidades relacionadas ao GRUPO EMBRACO, bem como todos os funcionários atuais, ou ex-funcionários, do mesmo grupo econômico, que no momento da celebração do presente Termo não figuravam como parte do Processo Administrativo n. 08012.000820/2009-11, com relação aos fatos dentro do escopo da investigação.

10.2. Eventual inclusão de qualquer um destes como representados do aludido Processo Administrativo ou abertura de novo processo administrativo que tenha por objeto os mesmos fatos atualmente sob investigação, importará em sua incorporação ao presente Termo sem qualquer obrigação para ele ou para os Compromissários, sem prejuízo de instauração dos procedimentos previstos nos artigos 30 e 32 da Lei nº 8.884/94 com objetivo de apurar fatos fora do escopo do Processo Administrativo n. 08012.000820/2009-11.

10.3. O presente Termo, uma vez cumprido em sua integralidade, encerra o processo administrativo de maneira definitiva, sem exceção, para todos os Compromissários e para as pessoas jurídicas, entidades e indivíduos descritos na cláusula 10.1 acima, sem prejuízo do disposto na cláusula 7.2.

---

<sup>39</sup> Art. 53 (...)

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

(...)

II – a fixação de multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas;

**2.9.1. Das considerações dos órgãos pareceristas**

95. A respeito da cláusula décima, os órgãos pareceristas concentraram os seus argumentos na avaliação da possibilidade jurídica de o TCC abranger partes não signatárias. A esse respeito, o MPF sustenta que os efeitos do compromisso de cessação devem ser restringidos àqueles que o subscreveram, entendendo ainda que a possibilidade de eventual empregado ou sociedade empresária relacionada aos requerentes ser incluída no pólo passivo não acarretará qualquer prejuízo aos compromissários. A SDE corrobora o entendimento do MPF.

96. A ProCADE formula argumento semelhante, ao considerar que dispositivos da lei de defesa da concorrência, em especial os arts. 15 c/c 16, além do próprio art. 23, indicam a responsabilidade pessoal e individualizada das pessoas físicas, o que representaria um óbice à pretensão de ver estendidas obrigações e/ou diretos assumidos na proposta de TCC para não signatários. A ProCADE, no entanto, particulariza a sua afirmação, ao entender possível que não signatários possam aderir ao TCC firmado pela pessoa jurídica, se vierem a ser representados no processo administrativo, para tanto se respaldando nas peculiaridades da sua situação em concreto e presentes as exigências legais.

**2.9.2. Da inclusão de terceiros não signatários**

97. Algumas peculiaridades deste caso justificam a redação da cláusula acima, sobretudo ao se levar em consideração que a hipótese versa sobre acordo e não sobre condenação, esta última, sim, que abarca a lógica da individualização da pena. No presente caso, o teor das obrigações impostas aos requerentes, traduzidas no valor significativo a título de contribuição pecuniária, e no fato de se absterem de contestar os documentos presentes nos autos e os procedimentos de busca e apreensão, impõem, em contrapartida, uma maior garantia de segurança com relação aos efeitos legais esperados da celebração de um compromisso de cessação, advindos da atuação da Administração Pública. A cláusula, portanto, teve como objetivo tão-somente assegurar a efetividade da suspensão das investigações em face dos requerentes, e a esse escopo se limita, conforme demonstrarei nos próximos parágrafos.

## Requerimento nº 08700.001369/2009-09

98. Para evitar a continuidade, por vias indiretas, da investigação em face dos compromissários, explicitou-se a possibilidade de adesão, ao presente termo, de eventual representado solidariamente responsável incluído no pólo passivo do processo administrativo após a celebração do presente acordo. Em segundo lugar, há também a previsão de adesão ao presente acordo em caso de instauração de processo administrativo distinto com mesmo objeto.

99. Essas medidas se justificam diante dos seguintes argumentos: (i) a instauração de um processo administrativo permite concluir que o pólo passivo contempla a provável totalidade dos indivíduos com indícios de participação relevante na conduta investigada, pois precedida por análise do conjunto probatório colhido anteriormente, em que foi possível identificar um número substancial de pessoas físicas envolvidas na conduta, o que torna remota a possibilidade de novas inclusões; e (ii) o instituto de termo de compromisso de cessação também seria esvaziado se houvesse a possibilidade de investigação dos mesmos fatos por meio de outro processo administrativo, a ser instaurado após a celebração do acordo.

100. A conveniência e oportunidade dessa interpretação se fazem, em peculiar, presente à hipótese deste voto. Os principais articuladores da conduta em questão foram devidamente identificados no curso do processo, em função não só de extensa operação de busca e apreensão, mas também pela própria confissão contida na cláusula quarta. Para estes, a obrigação relacionada à contribuição pecuniária foi individualizada. Diante desse cenário, como já dito, a probabilidade do surgimento de outros envolvidos seria remota e, ainda assim, relacionada a uma participação eventual no planejamento e execução da prática. Para esses eventuais, a contribuição da pessoa jurídica, no patamar fixado, já cumpre o objetivo firmado pela Administração Pública, que é o de preservar o *enforcement* do combate a cartéis. Entender de forma diferente neste caso específico, reduziria o incentivo para a celebração de TCCs e, conseqüentemente, a efetividade dessa política pública, em detrimento da sociedade.

101. A inclusão de terceiros não signatários apresenta ainda uma outra sorte de benefícios à Administração Pública, pois permite que os órgãos de defesa da concorrência, em especial a SDE, possam alocar de forma mais eficiente os seus recursos investigativos e processuais, mesmo porque nem sempre a persecução administrativa resulta em punições adequadas. Este caso possui ainda uma peculiaridade que reforça esse argumento, uma vez que a proposta de TCC foi apresentada antes mesmo da instauração de processo administrativo, sendo que o processo de negociação findou sem apresentação de contestação por parte das proponentes. Mas é lógico que essa possibilidade (i.e., a inclusão de terceiros não signatários em TCCs), ao menos por

## Requerimento nº 08700.001369/2009-09

ora, é medida de exceção e que somente deve ser adotada quando características similares à presente possam ser verificadas pelo órgão julgador.

**102.** De qualquer forma, a possibilidade de adesão futura a TCC pré-existente por funcionários e/ou administradores de compromissários incluídos no pólo passivo de Processo Administrativo após a celebração do acordo já fora contemplada pela Procuradoria do CADE no Parecer nº 137/2009/PG/CADE, conforme se deduz do trecho a seguir: *“Cumpre salientar, por derradeiro, que o contexto acima não impede os administradores e/ou funcionário de celebrar um TCC ou aderir ao TCC firmado pela Bridgestone, respeitando as suas peculiaridades e exigências legais”*. Assim, a Cláusula 10.2. em questão trata apenas da confirmação dessa possibilidade no presente caso. Adiro, portanto, ao posicionamento da ProCADE nesse mister, ressaltando que qualquer eventual invalidade decorrente de visão *contra-legem* da cláusula poderá ser sanada com a interpretação sugerida pela ProCADE, qual seja, a de que a cláusula simplesmente expõe a possibilidade de eventuais representados incluídos no pólo passivo após a celebração do compromisso possam a ele aderir.

**103.** Duas ressalvas contidas na cláusula acima endereçam preocupações pertinentes. A possibilidade de instauração de processo administrativo contra as Requerentes por fatos fora do escopo do Processo Administrativo n. 08012.000820/2009-11, bem como a ressalva de que o termo de compromisso de cessação excluiria os demais representados que não o assinaram, para que o acordo se mantenha em consonância com o §6º do artigo 53 da Lei nº 8.884/94<sup>40</sup>

### **2.10. Das cláusulas décima primeira à décima terceira**

**104.** A Cláusula Décima Primeira indica os representantes dos requerentes em caso de eventuais correspondências e intimações referentes a presente proposta, sendo desnecessária qualquer análise aprofundada. Por sua vez, a Cláusula Décima Segunda é simples reprodução do texto legal contido no §4º do artigo 53 da Lei nº 8.884/94<sup>41</sup>:

---

<sup>40</sup> § 6º A suspensão do processo administrativo a que se refere o § 5º deste artigo dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados.

<sup>41</sup> Art. 53. (...)

(...)

§4º O termo de compromisso constitui título executivo extrajudicial.

## **Requerimento nº 08700.001369/2009-09**

### **Clausula Décima Primeira – Das Notificações**

11.1. Todas as notificações e outras comunicações para os Compromissários em decorrência do presente Termo de Compromisso devem ser enviadas para os seguintes endereços:

### **Cláusula Décima Segunda – Da Execução**

12.1 O presente compromisso constitui título executivo extrajudicial, nos termos do art. 53, §4º, da Lei n. 8.884/94, sendo permitida a inclusão das multas devidas em caso de descumprimento em Dívida Ativa pelo CADE.

**105.A** Cláusula Décima Terceira trata das questões referentes à publicação do termo, em consonância com os artigos 129 –F<sup>42</sup> e 130, §4º<sup>43</sup> do Regimento Interno do CADE:

### **Clausula Décima Terceira – Da Publicação**

13.1 A versão Pública deste Termo de Compromisso somente poderá ser divulgada após a homologação do presente Termo em Sessão Plenária.

13.2 Conforme previsto no art. 129-F do Regimento Interno do CADE, a inclusão da Proposta Final do Termo de Compromisso na pauta de julgamento será informada aos Compromissários nos termos e prazo do artigo 45 da Lei n. 8.884/94 c/c artigo 48 do Regimento Interno do CADE.

13.2 O conteúdo público deste Termo de Compromisso somente será tornado público mediante sua homologação pelo Plenário do CADE.

---

<sup>42</sup> Art. 129-F. Concluído o período de negociação, a versão final do compromisso será pautada em caráter de urgência pelo Conselheiro-Relator para julgamento pelo Plenário do CADE, que somente poderá aceitá-la ou rejeitá-la, não podendo fazer contraproposta.

<sup>43</sup> Art. 130. (...)

§4º No prazo de 05 (cinco) dias de sua celebração, o inteiro teor do Termo de Compromisso de Cessação (TCC) será disponibilizado no sítio do CADE (...) durante o período de sua vigência.



## Requerimento nº 08700.001369/2009-09

### 2.11. Da cláusula décima quarta

106.A Cláusula Décima Quarta refere-se à confidencialidade de determinados documentos e informações, em consonância com as hipóteses previstas no artigo 44 do Regimento Interno do CADE<sup>44</sup>:

#### **Clausula Décima Quarta – Da Confidencialidade**

14.1 Os Signatários do presente concordam que as seguintes informações são confidenciais, nos termos do inciso II, do artigo 41 c/c artigo 45, do Regimento Interno do CADE:

14.1.1. O valor do faturamento que foi utilizado para calcular o valor das contribuições, assim como quaisquer outros valores de faturamento relacionados ao Grupo Embraco;

14.1.2. A porcentagem exata utilizada para cálculo do valor das contribuições pecuniárias, sem prejuízo de referência a faixa de percentuais;

14.1.3. O valor específico da contribuição pecuniária a ser paga por cada Compromissário Pessoa Física, sendo público o seu valor agregado;

14.2 Não há restrição ao uso dessas informações pelo Grupo Embraco.

107. Em petição apresentando a proposta final, as Requerentes solicitaram a manutenção de tratamento confidencial dos autos do Requerimento, o que incluiria todos os documentos trocados com o CADE até a decisão do Requerimento pelo Plenário do CADE, além de todos os pareceres e recomendações emitidos em relação ao Requerimento.

---

<sup>44</sup> Art. 44. A critério do Relator ou do Presidente, conforme o caso e no interesse da instrução processual, de ofício ou mediante requerimento do interessado, poderá ser deferido tratamento confidencial de autos, documentos, objetos, dados e informações, que forem relacionados a:

(...)

VI - faturamento do requerente ou do grupo a que pertença;

(...)

XIV - outras hipóteses, a critério do Relator ou Presidente, distinguida a competência.

### **2.11.1. Das considerações dos órgãos pareceristas**

**108.** Em seu parecer, o MPF conclui pela necessidade de rejeição do pedido de confidencialidade tal como formulado na petição que apresenta a proposta final, bem assim da cláusula que dispõe sobre os itens específicos cuja confidencialidade seria mantida por conta da assinatura do TCC, tal como sugerido pela SDE em sua manifestação sobre o termo de compromisso; duas circunstâncias distintas. Alega que, a subsistir o sigilo sobre os pareceres e o percentual da contribuição, a sociedade não poderá tomar conhecimento e, portanto, fiscalizar a efetividade do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência no combate a cartéis.

### **2.11.2. Da confidencialidade**

**109.** Como são duas circunstâncias distintas, analisarei a cláusula e o pedido de confidencialidade em momentos distintos. Em primeiro lugar, parece-me que as informações que permanecerão públicas são mais que suficientes para demonstrar à sociedade de maneira cabal a efetividade da atuação do SBDC. Aqui se verifica um acordo em que as sociedades jurídicas estão oferecendo uma contribuição pecuniária, no montante correspondente a R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais), que, por sua vez representa entre 20 a 25% do faturamento bruto, excluídos os respectivos impostos, da Unidade Embraco, que é a unidade responsável por compressores da Whirpool. O percentual específico permitiria o cálculo exato do faturamento da Whirpool, um elemento que comumente se concede confidencialidade no SBDC, nos termos do art. 44, IV, do Regimento Interno<sup>45</sup>. Essa justificativa abrange as hipóteses refletidas nos itens 14.1.1 e 14.1.2 da proposta.

**110.** Também entendo cabível, neste caso e em função das suas peculiaridades, a confidencialidade sobre o valor específico da contribuição pecuniária a ser paga por cada compromissário pessoa física. Entendo que os vultosos montantes correspondentes às contribuições, que no valor agregado remontam ao valor de R\$ 3.068.180,00 (três milhões, sessenta e oito mil, cento e oito reais), poderiam consubstanciar uma exposição excessiva, sendo vistos como verdadeira condenação, e não como o pagamento de uma contribuição pecuniária em uma transação. A publicidade sobre o valor agregado e sobre a descrição individualizada das condutas já se presta a realizar os benefícios decorrentes do princípio da publicidade, sem representar um ônus excessivo às partes

---

<sup>45</sup> Art. 44. A critério do Relator ou do Presidente, conforme o caso e no interesse da instrução processual, de ofício ou mediante requerimento do interessado, poderá ser deferido tratamento confidencial de autos, documentos, objetos, dados e informações, que forem relacionados a:

VI - faturamento do requerente ou do grupo a que pertença.

## Requerimento nº 08700.001369/2009-09

signatárias, sendo essa uma possibilidade descrita no Regimento Interno do CADE, em seu art. 44, XIV<sup>46</sup>. Lembro ainda que os nomes das requerentes pessoas físicas são e serão tratados como públicos.

**111.** Passo, agora, a analisar pedido de confidencialidade formulado pelas Proponentes, em que se requer a manutenção de tratamento confidencial dos autos do Requerimento, bem como de todos os pareceres e recomendações emitidos em relação ao Requerimento.

**112.** Entendo que o processo de negociação não deve ser exposto, já que revelaria uma série de informações comerciais sensíveis das sociedades proponentes, bem como a sua própria estratégia de negociação, o que, de mais a mais, seria uma exposição inadequada. Os objetivos relacionados à transparência se consubstanciam no ato administrativo (judicante ou não) e na sua respectiva motivação, materializados ambos neste voto, e não nos atos preparatórios que lhe deram origem. É o resultado final que deve ser submetido ao escrutínio público, a fim de garantir a *accountability* da atuação do CADE. Defiro, portanto, a confidencialidade dos documentos e informações relacionados ao processo de negociação.

**113.** Situação diferente é a dos pareceres apresentados pela SDE, ProCADE e MPF para a proposta nestes autos. Esses pareceres representam opinião de grande valia e contêm motivações cujo conhecimento é de interesse público, até para que as conclusões aqui atingidas, caso sejam corroboradas pelo Plenário, possam ser objeto de escrutínio informado e consciente por parte da sociedade. No entanto, com exceção do parecer da ProCADE, nenhum parecer apresenta versão pública, mas tão somente confidencial. E já que as versões confidenciais das manifestações desses órgãos pareceristas contemplam informações cujo sigilo aqui ora se concede, não há como não deferir a sua confidencialidade, ao menos até que sejam apresentadas versões públicas, se for o caso e respeitados os itens da cláusula décima-quarta e as informações cujo sigilo se concede nos parágrafos acima. Como conclusão lógica dessa motivação, não há como deferir confidencialidade ao parecer público da ProCADE.

---

<sup>46</sup> XIV - outras hipóteses, a critério do Relator ou Presidente, distinguida a competência.

**2.12. Da assinatura por parte dos proponentes**

**114.** Em sua nota técnica, a SDE sustenta a necessidade de assinatura individual por parte dos proponentes, uma vez que os proponentes assumem diferentes obrigações. Com base no art. 129-F, parágrafo 3º, do Regimento Interno do CADE<sup>47</sup>, sustenta que a melhor técnica indicaria a celebração de termos de compromisso individuais entre cada proponente e o CADE.

**115.** Sobre esse aspecto específico, o MPF se manifestou, afirmando ser suficiente, para a adequação à exigência do §3º do artigo 129-F do Regimento Interno do CADE, a subscrição individual por cada um dos compromissários, uma vez que existem obrigações e prazos de vigência delimitados. Essa seria uma situação que resolveria o aspecto formal da assinatura.

**116.** Adiro às considerações do MPF a esse respeito. A minuta de proposta de termo de compromisso de cessação prevê a assinatura individual de todas as requerentes, cumprindo-se assim o requisito previsto no §3º do artigo 129-F do Regimento Interno do CADE.

---

<sup>47</sup> Art. 129-F. (...)

(...)

§3º O Compromisso deverá ser firmado individualmente, entre cada representado e o CADE.

## **Requerimento nº 08700.001369/2009-09**

### **3. Conclusão**

**117.** Entendo que este TCC satisfaz os critérios de legalidade previstos na legislação aplicável, dado que:

- Prevê o cumprimento da exigência do artigo 129-G do Regimento Interno do presente Conselho, uma vez que foi celebrado Acordo de Leniência nos autos do Processo Administrativo a que se referem, conforme Cláusula Quarta do Termo;
- Os requerentes assumiram obrigação de cessar a prática, conforme Cláusula Terceira do Termo;
- Existe previsão de recolhimento de contribuição pecuniária, nos termos do §2º do artigo 53 da Lei nº 8.884/94, conforme Cláusula Terceira do Termo e seu Anexo I;
- Verifica-se previsão de multa para o descumprimento total ou parcial das obrigações assumidas, conforme Cláusula Oitava;
- Os valores propostos a título de contribuições pecuniárias a serem recolhidas pelos requerentes estão em consonância com os parâmetros definidos pelo artigo 23 da Lei nº 8.884/94;
- Esta é a primeira vez que os requerentes propõem a celebração de um TCC; e
- A proposta foi realizada antes do início da sessão de julgamento do Processo Administrativo relativo à prática investigada.

**118.** E, diante de todo o exposto neste voto, considero oportuna e conveniente a minuta de Termo de Compromisso de Celebração anexada e voto pela sua homologação.

É o voto.

Brasília, 30 de setembro de 2009

**CARLOS EMMANUEL JOPPERT RAGAZZO**

**Conselheiro-Relator**