Flávia Chiquito dos Santos

**Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência
do CADE**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Diogo Rosenthal Coutinho

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

**São Paulo
2014**

Flávia Chiquito dos Santos

**Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência
do CADE**

Dissertação de mestrado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre na área de concentração: Direito Econômico e Financeiro.

Orientador: Professor Associado Diogo Rosenthal Coutinho

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo
2014

Nome: SANTOS, Flávia Chiquito dos.

Título: Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE.

Dissertação de mestrado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre na área de concentração: Direito Econômico e Financeiro.

Aprovado em: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, com amor

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao Professor Diogo Rosenthal Coutinho, pela disposição em me orientar nesta pesquisa. Tenho enorme admiração pela sua sensatez, pelo seu comprometimento e pela sua sapiência. A ele sou muito grata por todo o cuidado e atenção com meu trabalho e por me despertar o ânimo acadêmico.

Ao Luis Fernando Schuartz, um agradecimento especial e profundo, *in memoriam*, por ter sido o grande incentivador desta pesquisa, desde as primeiras linhas do projeto. Agradeço pelas brilhantes reflexões sobre a utilidade deste trabalho, principalmente às autoridades brasileiras de defesa da concorrência, aplicadoras das decisões condenatórias de condutas de cartel em âmbito administrativo. Sinto por não poder saber a opinião dele sobre o resultado desta pesquisa.

Aos professores Celso Fernandes Campilongo e Paulo Furquim de Azevedo, que compuseram a banca do meu exame de qualificação, agradeço pela leitura cuidadosa do projeto de pesquisa e, sobretudo, por todas as orientações e observações ensinadas naquela ocasião. Tudo foi considerado nesta dissertação.

Um agradecimento ao professor Richard Whish, pela acolhida e orientação no Visiting Researcher Program da King's College London, oportunidade essencial para selecionar a literatura desta pesquisa e para conhecer, um pouco mais de perto, o regime de repressão a cartéis do Reino e Unido e da Europa.

Aos colegas do Conselho Administrativo de Defesa Econômica agradeço por tudo o que aprendi no período em que lá estive, em especial ao professor e ex-Conselheiro, Paulo Furquim de Azevedo, e à professora e ex-Presidenta, Elizabeth M. M. Q. Farina, a qual também foi minha querida professora na disciplina "Organização Industrial" da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo.

Aos colegas dos seminários de pesquisa, Amanda Guazzelli, Jonas Couto, Marcelo Pacheco, Nathália Miziara, Pedro de Paula e tantos outros que leram e discutiram o projeto de pesquisa em sua fase inicial, contribuindo para o caminho que este trabalho tomou. Em especial, gostaria de agradecer à amizade, que ultrapassou as Arcadas, de Ana Carolina Zoricic, Flávia Annenberg, João Manoel Lima, Márcia Freitas e Paulo Leonardo Casagrande.

À equipe de Sonia Marques Döbler Advogados, agradeço pela possibilidade de conciliar os estudos com as demandas profissionais. À Dra. Sonia Marques Döbler, sou grata pela compreensão e apoio. E, à Lilian Perez, pelo companheirismo e incentivo.

Às minhas amigas de longa data, Camila, Cristina e Natália, sou grata pela amizade e por estarem sempre presentes.

Principalmente, agradeço aos meus pais, Sérgio e Eurides, a quem dedico esta dissertação com todo o meu amor, especialmente por terem me dado suporte não só neste projeto, como também em todos os outros da minha vida. Agradeço, ainda, ao meu irmão, Fabiano, e à minha irmã, Fernanda, pelos incentivos, confiança e amor desde a infância. Agradeço, também, ao meu cunhado, Maurício e, finalmente, ao meu lindo sobrinho, Antônio, minha mais nova fonte de inspiração.

EPÍGRAFE

A única profecia válida é a retrospectiva. E profecia também é um negócio complicadíssimo. O padre Vieira, por exemplo, disse que só se distingue o falso profeta do profeta verdadeiro quando a profecia se realiza. Agora, que o país mudou, mudou. Mas prever uma convulsão me parece também um pouco de romantismo nas coisas.

Raymundo Faoro. **A democracia traída.**

RESUMO

SANTOS, Flávia Chiquito dos. **Aplicação de penas na repressão a cartéis**: uma análise da jurisprudência do CADE. 2014. 259 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

A presente dissertação consiste em uma análise dos critérios utilizados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) para aplicação de penas contra condutas de cartel clássico, sob o ponto de vista dissuasório da punição. Acessoriamente, também integra este trabalho um panorama institucional da política de repressão a cartéis, de modo que se possam vislumbrar os fatores que, direta ou indiretamente, afetam o formato e a efetividade da punição de cartéis. Para isso, foi realizada uma análise da jurisprudência, por meio de uma investigação retrospectiva de todos os processos administrativos em que houve condenação pelo CADE envolvendo condutas de cartel em geral. A análise jurisprudencial se limitou às penas de multa aplicadas às empresas incluídas no polo passivo do processo administrativo, bem como às obrigações de fazer e não fazer, previstas nos arts. 23, I, e 24 da Lei n. 8.884/1994; e nos arts. 37, I, e 38 da Lei n. 12.529/2011, respectivamente. Ademais, a análise da jurisprudência também investigou variáveis materiais, relacionadas à definição da conduta de cartel; procedimentais, envolvendo o tempo de análise despendido pela autoridade; e institucionais, relacionada à interface do CADE com as esferas civil e criminal. No primeiro capítulo, foi feita uma abordagem geral dos efeitos negativos produzidos pela prática de cartel ao mercado e sua necessidade de punição, traçou-se um panorama internacional em relação ao combate a cartéis e exibiu-se um histórico de repressão a cartéis no Brasil. No segundo capítulo, foram apresentadas as previsões das legislações antitruste brasileiras sobre penas às infrações da ordem econômica; paralelamente, estudaram-se regimes de penas de jurisdições internacionais e apresentaram-se as discussões da literatura especializada acerca do caráter dissuasório de punição de cartéis. No terceiro capítulo, foi analisada a prática decisória do CADE, fundamentada no arcabouço legislativo brasileiro, nas melhores práticas internacionais e na literatura especializada sobre o tema. Ao final, foi possível concluir que o CADE ainda precisa aperfeiçoar os critérios de formulação de penas, de modo que estes sejam baseados em um método sistemático, a fim de que a jurisprudência seja construída de modo consistente e coerente. Concluiu-se, também, que há algumas inconsistências procedimentais e materiais que podem afetar a política de combate a cartéis, seja no modo de enquadramento da tipicidade da conduta de cartel que pode afetar a eficiência da análise do ilícito, seja no tempo de investigação de condutas de cartel e da inter-relação do CADE com outras esferas jurídicas, i.e., civil e criminal.

Palavras-chave: Cartel. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Antitruste. Concorrência. Processo Administrativo. Jurisprudência. Sanções. Pena administrativa.

ABSTRACT

SANTOS, Flávia Chiquito dos. **The Imposition of Penalties to Cartels Repression: an Analysis of CADE Case Laws.** 2014. 259 p. Dissertation (Master's Degree) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

This dissertation consists of an analysis of the criteria used by the Administrative Council for Economic Defense (namely “CADE”), the Brazilian antitrust Agency, related to the imposition of penalties against hardcore cartels, under the standpoint of the deterrence of the punishment. In addition, an institutional prospect of the policy of fighting cartels composes this research in order to highlight the factors which, directly or indirectly, can affect the format and effectiveness of the punishment. Aiming that, an analysis of the case law was made through a retrospective investigation of all administrative proceedings in which there have been condemnations imposed by CADE, involving conducts of cartels. The analysis of the case law was limited to the fines applied to companies qualified as defendants in the administrative proceeding, as well as the behavioral obligations pursuant to article 23, section I and 24, of Law No. 8,884/1994 and article 37, section I and 38, of Law No. 12,529/2011. Moreover, the case law analysis investigated material variables related to the definition of cartel conduct; procedural variables related to the period taken by the antitrust authorities for analysis of cartel conducts; and institutional variables related to the intersection of CADE with both the civil and criminal spheres. In Chapter one, a general approach of the negative effects produced by the cartel practice to the market and its necessity of punishment was adopted; an international overview related to fighting cartels was delineated; and a historical presentation of cartels repression in Brazil was exposed. In Chapter two, the forecasts of penalties related to the infringements of the economic order in the Brazilian antitrust laws were introduced. In parallel, the regimes of fines of international jurisdictions and the discussions of the specialized literature related to the deterrence of cartel punishment were studied. In Chapter three, CADE's decision-making practice was analyzed, based on the Brazilian legislation framework, the best international practices and the specialized literature on this particular issue. In the final topic, it was possible to conclude that CADE still needs to improve its formulation of penalties criteria, so that they become supported by a systematic method, providing a consistent and coherent building of the case law. The conclusion also indicates that currently there are some procedural and material inconsistencies which may affect the policy of fighting cartels, namely framing the definition of the cartel conduct, likely to affect the analysis efficiency of the illicit, along with the investigation of the cartel conduct and the interrelation of CADE with both the civil and criminal spheres.

Keywords: Cartel. Administrative Council for Economic Defense (CADE). Antitrust. Competition. Administrative Proceeding. Case Law. Sanctions. Administrative Penalty.

LISTAS DE FIGURAS E TABELAS

Lista de Figuras

Figura 1 - Perda de bem-estar resultante dos cartéis	27
Figura 2 - Quadro esquemático e identificação dos prejuízos do cartel.....	80
Figura 3 - Etapas do cálculo da multa na CE.....	109
Figura 4 - Etapas do cálculo da multa pelo DOJ.....	122
Figura 5 - Ilustração, exemplificativa, de autoridades legítimas	137

Lista de Tabelas

Tabela 1 - Sumário de seis pesquisas econômicas de sobrepreço de cartel	29
Tabela 2 - Matriz do dilema dos prisioneiros	33
Tabela 3 - Matriz do cartel de preços	34
Tabela 4 - Quadro exemplificativo dos pontos de culpabilidade e ajustes do USSG	121
Tabela 5 - Ranking de importância das sanções com efeitos dissuasórios das infrações de cartel	148
Tabela 6 - Resultado da análise das decisões do Apêndice II	176
Tabela 7 - Resultado da análise das decisões do Apêndice III	188

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CAT	Competition Appeal Tribunal
CC	Competition Commission
CCEG	OFT's Cartels and Criminal Enforcement Group
CDO	Competition Disqualification Order
CDU	Competitor Disqualification Undertaking
CE	Comissão Europeia
CF	Constituição Federal
CIP	Conselho Interministerial de Preços
COFAP	Comissão Federal de Abastecimento e Preços
CP	Código Penal brasileiro
DOJ	Department of Justice dos Estados Unidos
ECA	European Competition Authority
ECHR	European Convention on Human Rights
ECN	European Competition Network
ECOSOC	Economic and Social Committee
EEA	European Economic Area
EFTA	European Free Trade Area
ENACC	Estratégia Nacional de Combate a Cartéis
FTC	Federal Trade Commission
GCR	Global Competition Review
ICN	International Competition Network
NCA	National Competitions Authority
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OFT	Office of Fair Trading
PROCON	Fundações de Proteção e Defesa do Consumidor
RICADE	Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica
SABESP	Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico
SNDE	Secretaria Nacional de Direito Econômico
SUNAB	Superintendência Nacional de Abastecimento
TCC	Termo de Compromisso de Cessação
TFEU	Treaty on the Functioning of the European Union
UE	União Europeia
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
USSG	United States Federal Sentencing Guidelines

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 O DESENVOLVIMENTO DA POLÍTICA DE COMBATE A CARTÉIS E A IMPORTÂNCIA DAS PENAS	20
1.1 Cartéis: por que combatê-los?	21
1.1.1 Cartéis clássicos	30
1.1.2 Cartéis clássicos e a regra <i>per se</i> : controvérsias na conceituação	40
1.2 Convergência e amadurecimento jurídico-institucional da política antitruste	47
1.2.1 A política de combate a cartéis em âmbito internacional	53
1.3 Breve histórico da repressão a cartéis no Brasil	59
1.3.1 Política de combate a cartéis na esfera administrativa	68
1.3.2 Cartéis na esfera criminal	75
1.3.3 Cartéis na esfera civil	78
1.3.4 Breves reflexões sobre a inter-relação entre as esferas	83
2 AS PENAS APLICÁVEIS A CARTEL E SEU EFEITO DISSUASÓRIO	87
2.1 Penas previstas na Lei n. 8.884/1994 e as alterações introduzidas pela Lei n. 12.529/2011	88
2.1.1 Artigos 23, 24, 27 e 29 (?) da Lei n. 8.884/1994	88
2.1.2 Artigos 37, 38, 45 e 47 (?) da Lei n. 12.529/2011	94
2.2 Experiência internacional: sistemas de punição a cartéis	99
2.2.1 Comissão Europeia	100
2.2.1.1 Autoridades concorrenciais nacionais: o sistema do Reino Unido	110
2.2.2 Jurisdição norte-americana	118
2.3 Efeito dissuasório: considerações gerais	123
2.3.1 Clareza na definição da conduta que constitui o cartel	128
2.3.1.1 Definição de cartel clássico	130
2.3.1.2 Qualidade e formato da norma	131
2.3.2 Agências bem estruturadas para detectar, investigar e punir cartéis	133
2.3.3 Sistema de pena efetivo	140
2.3.3.1 Formato da punição para fins dissuasórios	141
2.3.3.2 Nível da pena	143
2.3.3.3 Tipos de pena	146
2.3.3.4 Delimitação dos objetivos do estudo da dissuasão da pena	153
3 A PRÁTICA DECISÓRIA DO CADE E A INTERFACE COM AS ESFERAS CRIMINAL E CIVIL	157
3.1 Análise jurisprudencial das penas efetivamente aplicadas pelo CADE	157
3.1.1 Método e variáveis da pesquisa	159

3.1.1.1 Percentual do artigo 23, I, da Lei n. 8.884/1994 ou do artigo 37, I, da Lei n. 12.529/2011	161
3.1.1.2 Caráter dissuasório	162
3.1.1.3 Caráter retributivo	164
3.1.1.4 Caráter agravante e atenuante	168
3.1.1.5 Obrigações de fazer e não fazer	170
3.1.1.6 Caráter metodológico	170
3.1.2 Resultado da análise jurisprudencial das penas aplicadas a cartéis	171
3.2 Panorama institucional do CADE acerca da política de repressão a cartéis	177
3.2.1 Método e variáveis da pesquisa	178
3.2.1.1 Severidade da pena.....	178
3.2.1.2 Questões procedimentais	179
3.2.1.3 Questões materiais	180
3.2.1.4 Questões dissuasórias	181
3.2.2 Resultado do panorama institucional da política de combate a cartéis	183
CONCLUSÕES	189
REFERÊNCIAS	202
APÊNDICES.....	216
APÊNDICE I - Acordos e Trabalhos Multilaterais de Organizações Internacionais....	217
APÊNDICE II - Análise jurisprudencial das penas efetivamente aplicadas pelo CADE	219
Quadro 1 – Percentual do art. 23, I, e do art. 37, I	219
Quadro 2 – Caráter dissuasório	224
Quadro 3 – Caráter retributivo	227
Quadro 4 – Caráter agravante e atenuante	236
Quadro 5 – Obrigações de fazer e não fazer	240
Quadro 6 – Caráter metodológico	242
APÊNDICE III - Panorama institucional do CADE acerca da política de repressão a cartéis	247
Quadro 1 – Questões envolvendo a severidade da pena	247
Quadro 2 – Questões procedimentais	249
Quadro 3 – Questões materiais.....	251
Quadro 4 – Questões dissuasórias	254

INTRODUÇÃO

Esta dissertação pretende investigar os critérios de aplicação de pena contra condutas de cartel de clássico, sob o ponto de vista do caráter dissuasório da punição, por meio de uma análise da jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Acessoriamente, será realizado um panorama institucional da política de repressão a cartéis, de modo que se possam vislumbrar os fatores que direta ou indiretamente afetam o formato e a efetividade da punição de cartéis.

Quanto aos critérios de aplicação de pena a serem verificados, estes se referem: ao formato e eventual método utilizado pelas autoridades concorrenciais na aplicação de punição; ao nível de pena aplicada para o combate deste ilícito concorrencial e os fundamentos do CADE acerca do merecimento de determinada pena em detrimento de outra; a variáveis de caráter dissuasório, sobretudo quanto à dissuasão internacional do combate a cartéis; a variáveis retributivas, entre elas: vantagem auferida, sobrepreço, duração da infração e reincidência; e aos tipos de penas previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Toda essa análise contará com o auxílio das melhores práticas internacionais e terá o suporte da literatura especializada em condutas de cartel e em sistemas de punição desse ilícito anticompetitivo.

Em relação ao estudo paralelo sobre o panorama institucional da política de repressão a cartéis, serão analisadas algumas variáveis institucionais, procedimentais e materiais que possam contribuir e/ou refletir no formato satisfatório da punição de cartéis, de modo que os fins dissuasórios da punição sejam alcançados. Estas variáveis se referem à correlação dos instrumentos de detecção e investigação da conduta de cartel com o nível de pena aplicado pelo CADE, já que tais instrumentos contribuem com a análise da conduta pelas autoridades, por meio de um conjunto probatório mais robusto sobre a atividade do cartel. Além disso, será analisado o tempo de análise despendido pela autoridade concorrencial, uma vez que a morosidade da emissão de decisões condenatórias pode ser um aspecto negativo para os fins dissuasórios da política de combate a cartéis, já que o agente infrator considera essa morosidade no cômputo da lucratividade da conduta. Será importante averiguar, ainda, os critérios de tipificação da conduta de cartel clássico, seja para facilitar o recorte da pesquisa jurisprudencial, seja para sinalizar os aspectos que

podem tornar a análise do CADE mais eficiente. Finalmente, será analisada a fluidez da inter-relação do CADE com as esferas criminal e civil, já que estas esferas também estão envolvidas na política de combate a cartéis.

Esta dissertação tem por objetivo principal abordar a aplicação das normas e o papel do aplicador do direito — traduzido neste trabalho como o papel do CADE como autoridade concorrencial judicante —, especificamente em relação à sistemática de aplicação de sanções no combate a cartéis. Não se pretende, portanto, aprofundar a análise concernente à qualidade das normas, bem como o papel do legislador como formulador das normas, pois, como parte de seus objetivos diretos, este trabalho não fará críticas aos dispositivos das leis relacionadas a cartéis, nem proporá novas interpretações e/ou mudanças legislativas.

A partir de 2003, as autoridades começaram a dar prioridade ao combate a cartéis no Brasil, passando a utilizar ferramentas sofisticadas de investigação — com a cooperação do Ministério Público e da Polícia Federal —, tais como: a realização de busca e apreensão, interceptação telefônica e a celebração de acordos de leniência. Referidos instrumentos jurídicos foram introduzidos pela Lei n. 10.149, de 21 de dezembro de 2000. Antes disso, a atenção do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) era no controle de concentrações. Provavelmente, o ano de 2003 ficou marcado como o início de uma política mais sofisticada de combate a cartéis clássicos, em razão de ter sido o ano em que foi firmado o primeiro acordo de leniência no processo denominado por “Cartel dos Vigilantes”.¹ De modo bastante resumido, nos últimos anos verifica-se que as autoridades de defesa da concorrência construíram algumas frentes de trabalho, com vistas a aperfeiçoar a política de combate a cartéis, quais sejam: (i) as iniciativas de caráter educativo; (ii) a evolução dos mecanismos de investigação propriamente ditos, ou seja, mecanismos de descoberta e obtenção de provas dos cartéis para fins de condenação; e (iii) as parcerias com outras esferas jurídico-administrativas.

Todas essas providências tomadas pelas autoridades concorrenciais a partir de 2003 contribuíram para a evolução da política de combate a cartéis, principalmente pelo fato de

¹ Processo Administrativo n. 08012.001826/2003-10. A empresa Vigilância Antares Ltda. e duas pessoas físicas firmaram com o CADE acordo de leniência e tiveram como benefício à extinção da punibilidade.

que as autoridades passaram a ter maiores facilidades para descoberta e obtenção de provas dos cartéis, o que resulta em mais elementos para condenação e aplicação de penas. Diante disso, verifica-se uma nítida elevação dos percentuais de penas aplicados às condutas anticompetitivas pelo CADE: no fim da década de 1990, era comum a aplicação de multas mínimas (1% do faturamento da empresa); em 2005, as multas alcançaram percentuais de 15% no Cartel das Britas; em 2008, no Cartel da Areia, chegaram a 22,5%; e, em 2010, a 50% no Cartel dos Gases Industriais (o fator reincidência duplicou o percentual de 25%).

Entretanto, diferentemente de jurisdições desenvolvidas, como a norte-americana e a europeia, o CADE não dispõe de *guidelines* ou congêneres para a quantificação da pena, que possam nortear sua jurisprudência de modo consistente. Como consequência, aflora certa insegurança acerca dos critérios utilizados pelo CADE para elevação dos percentuais das multas referenciadas. Além disso, multas demasiadamente severas podem não significar multas adequadas para fins dissuasórios da política de combate a cartéis, principalmente em vista dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e não confisco das penas. Daí a curiosidade que incentivou este trabalho: realizar uma análise da sistemática das decisões do CADE envolvendo cartéis, atentando-se para os critérios e formato da aplicação de penas para essa conduta, bem como para as justificativas apresentadas pelo órgão quando da imposição de uma sanção.

Tendo em vista que o cartel clássico é o ilícito concorrencial que resulta nos maiores prejuízos ao mercado e aos consumidores, em razão das ineficiências alocativa, produtiva e dinâmica, a repressão dessa conduta é prioridade absoluta em quase todos os regimes de concorrência à dimensão internacional. Assim, além de ser preciso investimentos em mecanismos de monitoramento, detecção e investigação dessa conduta, em vista das dificuldades enfrentadas pelas autoridades para descoberta de cartéis — os quais são secretos por natureza —, as autoridades concorrenciais também devem se preocupar em formular políticas bem-estruturadas, criando um sistema de punição que atinja os desejáveis efeitos dissuasórios do combate a cartéis, a começar por uma jurisprudência consistente e coerente. Isto porque o sucesso efetivo de uma política de combate a cartéis depende não somente da descoberta de um grande contingente de condutas de cartel, mas, sobretudo, de mecanismos de punição adequados.

A primeira indagação a ser feita como ponto de partida desta pesquisa é: o CADE

aperfeiçoou os critérios de aplicação de pena contra condutas de cartel — em atenção aos efeitos dissuasórios da punição dessa conduta —, de modo proporcional à evolução dos mecanismos de investigação e detecção dessa conduta, de tal sorte que a elevação dos percentuais que vêm sendo impostos pelo CADE tenha justificativas plausíveis?

Diante dessa indagação, a primeira hipótese a ser testada nesta pesquisa será quanto aos critérios de aplicação de pena a condutas de cartel clássico pelo CADE. Vale dizer, tendo em vista que as autoridades concorrenciais brasileiras têm reconhecida sua evolução no combate a cartéis, inclusive por instituições internacionais, bem como vêm elevando significativamente os percentuais de penas impostas contra esta conduta — ainda que não disponham de um método pré-estabelecido —, a hipótese que remanesce diz respeito ao fato de que o CADE também deveria estar atento aos mecanismos de punição dessa conduta, seja fundamentando o merecimento de percentuais elevados, seja norteando suas decisões de modo responsável e coerente com os dispositivos da lei de defesa da concorrência, por meio de um método consistente e, sobretudo, alinhado às melhores práticas internacionais.

Ressalte-se que não se pretende encontrar a fórmula ótima de punir cartel, que seja exatamente equivalente aos lucros obtidos pelos infratores, aos danos (lesões) e aos danos (prejuízos) resultantes da conduta de cartel. Não se pretende, sequer, definir qual é o tipo de pena ideal para punição dissuasória de cartéis (i.e., pena de multa, pena privativa de liberdade, pena de desqualificação profissional, etc.). Simplesmente, busca-se testar as variáveis que serão catalogadas ao longo deste estudo (i.e., relacionadas aos percentuais de pena impostos pelo CADE; ao caráter dissuasório; ao caráter retributivo; ao caráter agravante e atenuante; às obrigações de fazer e não fazer; e ao caráter metodológico), diante da amostra de decisões selecionadas para esta pesquisa, no sentido de verificar se o CADE formula as penas aplicáveis a cartéis (isto é, a pena de multa e as obrigações de fazer e não fazer) de modo sistemático, transparente e satisfatório do ponto de vista do ordenamento jurídico vigente e das “*best practices*”.

A segunda indagação será: o CADE se preocupa com variáveis materiais, procedimentais e institucionais na análise de condutas de cartel clássico, uma vez que tais variáveis podem contribuir para o desenvolvimento da política de combate a cartéis, como um todo, e das penas, especificamente, contribuindo, em última instância, para o

cumprimento da lei pela sociedade e para o reconhecimento do CADE como autoridade legítima?

Nesses termos, a segunda hipótese a ser testada nesta pesquisa se relaciona a uma análise institucional do CADE quanto à política de repressão a cartéis. Assim, considerando o nítido progresso do CADE como autoridade concorrencial brasileira, espera-se que este órgão também se preocupe com variáveis institucionais, procedimentais e materiais que estejam direta ou indiretamente relacionadas à punição da conduta de cartel. Nesse caso, será considerada como variável material a definição e formato da norma para fins de análise da conduta de cartel clássico. Quanto à variável procedimental, será considerado o tempo de análise das condutas de cartel pelo CADE e a correlação dos instrumentos de detecção e investigação da conduta de cartel com o nível de pena aplicado pelo CADE. Em relação às variáveis institucionais, será analisada a inter-relação do CADE com as esferas criminal e civil, uma vez que estas esferas também coíbem cartéis, por meio de penas de multa e privativas de liberdade, bem como por meio de ações de ressarcimento de danos provocados pela atividade do cartel, respectivamente — nota-se que multas administrativas aplicadas isoladamente podem não surtir os desejáveis efeitos dissuasórios da política de combate a cartéis.

Não é objetivo desta pesquisa prescrever uma definição materialmente inédita da conduta de cartel clássico ou se posicionar sobre alguma das definições já existentes. O intuito é identificar o posicionamento do CADE sobre essa questão, a fim de que tal definição possa nortear o recorte da pesquisa jurisprudencial do capítulo 3, bem como possa integrar a análise sobre o panorama institucional do CADE acerca da política de combate a cartéis, principalmente em razão da importância de as autoridades concorrenciais estabelecerem regras claras — no caso, a definição de cartel clássico —, visando a uma análise eficiente da conduta. Por outro lado, quanto ao formato da norma, para fins de análise da conduta de cartel (i.e., se a conduta de cartel é analisada sob a regra *per se*, regra da razão ou como infração pelo objeto), importante verificar se o CADE possui um critério consolidado e minimamente previsível de análise em sua jurisprudência, pois isso contribuirá para uma análise eficiente da conduta de cartel. Vale notar que, a fim de não desviar os objetivos deste estudo, não será traçado um posicionamento sobre qual formato de norma é ideal para essa questão, mas, simplesmente, serão apontadas as lacunas das decisões sobre o tema.

Especificamente quanto à análise da inter-relação entre as esferas administrativa, criminal e civil, não é objetivo deste trabalho aprofundar as discussões sobre a efetividade de um regime criminal de combate a cartéis e da reparação civil dos danos do cartel. Mas, considerando que o ordenamento jurídico brasileiro prevê a repressão de cartéis nestas esferas jurídicas, em consonância com as jurisdições envolvidas que serão analisadas neste estudo — com as ressalvas acerca das diferenças e peculiaridades de cada jurisdição —, esta pesquisa investigará como o CADE cria laços estruturantes com essas esferas, de modo a trazer sinalizações que possam contribuir para o aprimoramento da política de combate a cartéis.

O momento para realização desta pesquisa parece ser oportuno, em razão da mudança legislativa recente. Embora a lei de defesa da concorrência em vigor tenha consagrado avanços longamente esperados, face ao aprendizado do SBDC e à interface com as melhores práticas internacionais, esta pesquisa busca trazer desafios, sob uma perspectiva útil ao CADE, por meio dos resultados da investigação de sua jurisprudência envolvendo a punição de cartéis clássicos. Assim, busca-se sinalizar as lacunas e os problemas encontrados nas decisões, a fim de nortear decisões futuras a serem emitidas pelo Conselho.

Portanto, será realizada uma análise retrospectiva dos processos administrativos condenados pelo CADE envolvendo condutas de cartel em geral, ainda que, como visto, o enfoque deste trabalho seja quanto ao cartel clássico, que é a conduta anticompetitiva que mais traz prejuízos ao mercado. Para tanto, a seleção das decisões tomará como base as atas de julgamento do CADE, referentes às sessões ordinárias, extraordinárias e reservadas, disponíveis no sítio eletrônico deste órgão — num total de 631 (seiscentas e trinta e uma) atas de julgamento, envolvendo o período de 1996 a 2013. Serão analisados todos os documentos produzidos pelo CADE, isto é, relatório, voto do relator, voto-vista, voto-vogal, voto em sede de recursos administrativos e acórdão, quando houver. Não serão analisados pareceres dos órgãos instrutores (i.e., SDE, SEAE, PROCAD, MPF, SG e eventuais agências reguladoras), para que esta análise não se alongue e, principalmente, pelo fato de que a decisão final aplicada se baseia, exclusivamente, nos termos dos pronunciamentos do Plenário do CADE, o qual pode acolher ou rejeitar as recomendações dos órgãos instrutores. Esclarece-se que a análise jurisprudencial será delimitada,

exclusivamente, às penas aplicadas às empresas incluídas no polo passivo do processo administrativo (previstas nos artigos 23, I, da Lei n. 8.884/1994 e 37, I, da Lei n. 12.529/2011); ou seja: não serão objeto de análise as penas às pessoas físicas e entidades associativas.

O capítulo 1 fará uma abordagem introdutória e geral dos efeitos negativos produzidos pela prática de cartel ao mercado e sua necessidade de punição, bem como será apresentado o ambiente propício à atuação dos agentes infratores e os mecanismos de monitoramento e retaliação exercidos pelos seus próprios membros, com vistas a manter o equilíbrio da conspiração. Ademais, será apresentado um panorama internacional sobre a convergência da política de defesa da concorrência, notadamente em relação ao combate a cartéis, devido à crescente demanda de cartéis internacionais, dos quais remanescem os maiores sobrepreços, e sobre a importância do desenvolvimento dos mecanismos de repressão a cartéis em âmbito internacional, para o sucesso efetivo dessa política. Será exibido, ainda, um histórico de repressão a cartéis no Brasil, pontuando algumas fases consideradas decisivas para a evolução do arcabouço legislativo envolvendo a repressão desse ilícito concorrencial, em especial com o advento da Lei n. 8.884/1994 e da Lei n. 12.529/2011. Além disso, serão apresentadas as frentes adotadas pelo SBDC, que vêm contribuindo para o desenvolvimento da política concorrencial, em especial o combate a cartéis, bem como serão trazidas noções introdutórias acerca da interface do direito da concorrência com as demais esferas jurídicas que cuidam de infrações à ordem econômica.

O capítulo 2 terá um papel mais direcionado ao objetivo central desta pesquisa, que são as penas aplicáveis a cartéis e seu efeito dissuasório, sob o ponto de vista material, procedimental e institucional. Nesse sentido, serão expostas as previsões sobre penas às infrações da ordem econômica das legislações de defesa da concorrência, bem como, paralelamente, será feita uma abordagem dos regimes de penas de jurisdições como a norte-americana, a europeia e, especificamente, o “Office of Fair Trading” (OFT), que é uma autoridade europeia nacional do Reino Unido.

Dada a importância do caráter dissuasório para regimes repressivos da conduta de cartel, a seção 2.3 dedicar-se-á, com mais detalhes, a estudar questões dissuasórias envolvidas na política de combate a cartéis e no *enforcement* dessa conduta como um todo. Para tanto, serão investigadas questões materiais relacionadas à definição da conduta de

cartel clássico e ao formato da norma sobre esta conduta; questões envolvendo a estrutura de detecção, investigação e punição de cartéis; bem como serão trazidas discussões e controvérsias da literatura especializada sobre punições capazes de dissuadir satisfatoriamente esta prática anticompetitiva.

Ademais, pensando na completude da política de combate a cartéis e no fato de que o ordenamento jurídico brasileiro conta com mais de uma esfera jurídica para a repressão dessa conduta, serão expostos argumentos acerca da importância de maior fluidez das fronteiras existentes entre essas esferas e de uma cooperação de experiências e competências institucionais entre atores do Poder Executivo federal, como também entre autoridades concorrenciais internacionais, pois a aprendizagem coletiva auxilia na efetividade, celeridade e aperfeiçoamento da política investigativa.

O capítulo 3 dará enfoque à análise da prática decisória do CADE, fundamentada no arcabouço legislativo brasileiro, nas melhores práticas internacionais e na literatura especializada sobre o tema. Essa análise se limitará ao exame da jurisprudência do CADE envolvendo as penas aplicadas às empresas, à conduta de cartel (cf. Apêndice II), por meio das seguintes variáveis: (i) o percentual do artigo 23, I, da Lei n. 8.884/1994, ou do artigo 37, I, da Lei n. 12.529/2011; (ii) o caráter dissuasório; (iii) o caráter retributivo; (iv) o caráter agravante ou atenuante; (v) as obrigações de fazer e não fazer; e (vi) o caráter metodológico. Além disso, a análise examinará o panorama institucional do CADE acerca da política de repressão a cartéis (cf. Apêndice III), por meio das seguintes variáveis: (i) severidade da pena; (ii) procedimentais; (iii) materiais; e (iv) dissuasórias.

Finalmente, a conclusão deste trabalho apontará algumas inconsistências nos critérios de formulação de penas impostas contra a conduta de cartel clássico pelo CADE, notadamente pela ausência de um método de punição, o que resulta em uma desordem da jurisprudência que esse órgão está construindo. Ademais, serão indicadas fragilidades institucionais do CADE relacionadas à punição de cartéis, que podem refletir negativamente na política de combate dessa conduta infrativa à concorrência, entre elas: inconsistências procedimentais quanto à inter-relação do CADE com outras esferas jurídicas e possível morosidade da análise da conduta pelas autoridades antitruste; e inconsistências materiais, relacionadas ao enquadramento dado pelo CADE à tipicidade da conduta de cartel.

1 O DESENVOLVIMENTO DA POLÍTICA DE COMBATE A CARTÉIS E A IMPORTÂNCIA DAS PENAS

A concorrência é um dos vetores para o crescimento econômico dos mercados, pois mercados competitivos fazem uso eficiente² dos recursos escassos da sociedade. No modelo básico de concorrência perfeita, em que cada consumidor e cada firma aceitam o preço de mercado como dado, o equilíbrio entre demanda e oferta garante que o ganho conjunto de consumidores e firmas seja o máximo possível. Diante da importância da concorrência para a ordem econômica, a Constituição Federal (CF) prevê, em seu artigo 170, IV, o princípio da livre concorrência, cujo bem jurídico tutelado é o mercado, o qual é de titularidade da coletividade. Note-se que, para que um bem possa ser jurídico, são elementares sua importância social e sua necessidade de proteção pelo Estado e pelo Direito.

Assim, quaisquer atos que visem prejudicar a concorrência e o mercado devem ser reprimidos pelo direito sancionador, com vistas a preservar o bem-estar da coletividade, conforme preceitos da CF: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (artigo 173, §4º).

Há diversos tipos de infrações da ordem econômica, que são reprimidas por algumas esferas do ordenamento jurídico brasileiro. O presente trabalho se debruçará a analisar apenas uma dessas infrações — denominada por “cartel” —, a qual é reprimida nas esferas administrativa, criminal e civil, conforme será visto adiante. As esferas criminal e civil serão abordadas nesta dissertação em caráter acessório, visando a complementar a análise principal dedicada à esfera administrativa, cuja entidade judicante é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

² A palavra “eficiente” comumente remete a algo que implica em pouco desperdício. Na economia, o conceito de eficiência se relaciona com bem-estar e se relaciona com a hipótese de que ninguém pode melhorar sua situação sem piorar a de outrem. Esta alocação de recursos é denominada eficiência no sentido de Pareto ou “Pareto-ótimo”. Para que a economia seja eficiente no sentido de Pareto ela deve cumprir as condições de eficiência de troca, eficiência de produção e eficiência da composição do produto. Há visões críticas quanto às limitações do conceito de eficiência de Pareto e da insuficiência como princípio normativo para avaliação de mudanças no bem-estar social, cf. FAGUNDES, Jorge Luiz S. S. **Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência**: eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste. São Paulo: Singular, 2003.

Os cartéis são “vilões” por excelência da concorrência, devido às ineficiências alocativa, produtiva e dinâmica, produzidas tradicionalmente ao mercado e à coletividade. Por isso, a maioria das autoridades concorrenciais — do mundo — reprime essa conduta, sendo que algumas jurisdições a tipificam como ilícito criminal. É intuitivo que as autoridades, cientes da lesão que o cartel pode gerar ao mercado e, consequentemente, da necessidade de punição dessa conduta, invistam em políticas voltadas ao seu combate. Conforme será exposto, o desenvolvimento e o sucesso de políticas dessa natureza dependem de diversos parâmetros relacionados à definição da conduta de cartel, à estrutura ferramental de detecção e investigação dessa prática e, sobretudo, a um regime de pena efetivo.

O presente capítulo, de natureza mais teórica, abordará os efeitos negativos produzidos pela prática de cartel ao mercado e sua necessidade de punição, além do ambiente propício à atuação dos agentes infratores e os mecanismos de instabilidade dessa prática ilícita. O recorte desta pesquisa será delimitado aos contornos da conduta de “cartel clássico”, razão pela qual se impõe a exposição dos dilemas de definição e formato da norma acerca dessa conduta. Ademais, será apresentado um breve panorama internacional sobre o desenvolvimento da política de combate a cartéis, notadamente em razão da crescente demanda de cartéis internacionais, dos quais remanescem os maiores sobrepreços. Por fim, será exibido o histórico da repressão a cartéis no Brasil, a fim de avaliar o grau de evolução da autoridade concorrential brasileira, bem como sua interface com as demais esferas jurídicas que cuidam dessa infração à ordem econômica.

1.1 Cartéis: por que combatê-los?

*Fighting cartels is one of the most important areas of activity of any competition authority and a clear priority of the Commission. Cartels are cancers on the open market economy, which forms the very basis of our Community. By destroying competition they cause serious harm to our economies and consumers. In the long run cartels also undermine the competitiveness of the industry involved, because they eliminate the pressure from competition to innovate and achieve cost efficiencies.*³

³ Discurso proferido pelo ex-conselheiro de Concorrência da Comissão Europeia, Mario Monti, na 3ª Conferência de Política de Concorrência Nórdica em Estocolmo, em 11 de julho de 2000 (Speech/00/295). Tradução livre: “O combate a cartéis é uma das mais importantes áreas de atividade de qualquer autoridade concorrential e uma evidente prioridade da Comissão. Cartéis são cânceres na economia de livre mercado

Cartéis⁴ são definidos como acordos, ajustes, combinações ou manipulações entre concorrentes, envolvendo parte substancial do mercado relevante,⁵ em torno de itens como preços, quotas de produção, distribuição e divisão territorial, com o objetivo de alterar artificialmente as condições de mercado em relação a bens e serviços, restringindo ou eliminando a concorrência. Em outras palavras, cartel é, essencialmente, um grupo de vendedores ou compradores de bens ou serviços que, em vez de competirem livremente, unem-se para tentar eliminar a concorrência, visando maximizar seus lucros. O cartel foi reconhecido desde Smith,⁶ segundo quem: “As pessoas do mesmo ofício raramente se encontram, mesmo para festas e diversão, mas a conversação sempre termina numa conspiração contra o público, ou em alguma maquinação para elevar os preços.”

Há duas formas de colusão: a explícita e a tácita. Grosso modo, na primeira, os participantes da prática concertada firmam um acordo explícito, oral ou escrito, sobre variáveis concorrencialmente relevantes, ou seja, há provas diretas do acordo; na segunda, a colusão ocorre de forma não explícita, ou seja, não há provas diretas da colusão, cuja

que forma a própria base da nossa Comunidade. Ao destruir a concorrência eles causam sérios prejuízos às nossas economias e consumidores. Os cartéis de longa duração também sabotam a competitividade da indústria envolvida, porque eles eliminam a pressão da concorrência para inovar e conquistar eficiência nos custos.” (MONTI, Mario. **Fighting Cartels: Why and How? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour?** In: III NORDIC COMPETITION POLICY CONFERENCE. Stockholm, 11-12 set. 2000 Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-00-295_en.htm>. Acesso em: 12 nov. 2013).

⁴ No Brasil, a Lei n. 12.529/2011 tipifica a infração de cartel em seu art. 36, §3º, inciso I, alíneas “a” a “d”. De acordo com esta lei, as infrações à ordem econômica se constituem por agentes que tenham posição dominante, e presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar vinte por cento ou mais do mercado relevante (§2º do artigo 36). Como será apresentado adiante, a pesquisa empírica desta dissertação será realizada com base em decisões julgadas sob a égide da Lei n. 8.884/1994 e da lei vigente (i.e., Lei n. 12.529/2011). A Lei n. 8.884/1994 foi substituída pela atual Lei n. 12.529/2011. Naquela lei, a infração de cartel estava prevista nos artigos 20 e 21. O Anexo I da Resolução do CADE n. 20, de 09 de junho de 1999, a qual foi revogada parcialmente, define cartéis como sendo “acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio. Fatores estruturais podem favorecer a formação de cartéis: alto grau de concentração do mercado, existência de barreiras à entrada de novos competidores, homogeneidade de produtos e de custos, e condições estáveis de custos e de demanda.”

⁵ Conforme Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50, de 01 de agosto de 2001, que expediu o “Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal”, “o mercado relevante se determinará em termos dos produtos e/ou serviços (de agora em diante simplesmente produtos) que o compõem (dimensão do produto) e da área geográfica para qual a venda destes produtos é economicamente viável (dimensão geográfica). Segundo o teste do “monopolista hipotético”, o mercado relevante é definido como o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento de preços.” (p. 9).

⁶ SMITH, Adam. **Uma investigação sobre a natureza e causas da riqueza das nações**. 2. ed., São Paulo: Hemus, 1981, p. 93.

existência é inferida a partir de provas comportamentais indiretas, face à estrutura de um dado mercado.

Conforme terminologias empregadas por Whish e Bailey⁷, a “colusão tácita” — ou “paralelismo consciente”, ou “coordenação tácita”, ou “efeitos coordenados” — se refere à coordenação entre o comportamento de empresas sem haver um acordo propriamente dito ou sem ser parte de uma prática concertada. Tal comportamento resultará em vantagens das empresas e em desvantagens dos clientes e, em último nível, dos consumidores finais. De acordo com os autores mencionados, para economistas não há diferença entre a colusão tácita ou explícita, desde que estão preocupados, exclusivamente, com os efeitos decorrentes da colusão. Por outro lado, tal distinção é relevante para os advogados, na medida em que dependem da definição da colusão para tipificação da conduta como lícita ou ilícita.

Há um consenso no sentido de que comportamentos paralelos não são ilícitos *per se*, pois é necessária a comprovação de um fator adicional que determine que o paralelismo decorre de um cartel, o denominado “paralelismo *plus*”. A doutrina do paralelismo *plus* já foi mencionada na jurisprudência do CADE.⁸ Há uma vasta literatura sobre a denominada colusão tácita, mas tal tema não será objeto de aprofundamento nesta dissertação.⁹

Quanto à dimensão, os cartéis podem ser limitados ao território nacional ou atuar em mais de uma jurisdição. Martinez¹⁰ entende que cartéis nacionais tendem a ser formados em países em que “há concentração de poder econômico e em que a economia

⁷ WHISH, Richard; BAILEY, David. **Competition Policy**. 7. ed., Oxford, UK: Oxford University Press, 2012, p. 562.

⁸ Cf. Processo Administrativo n. 08000.015337/1997-48; Averiguação Preliminar n. 08012.006844/2000-45.

⁹ Cf. Sobre a colusão tácita, cf. GICO JUNIOR, Ivo T. **Cartel: teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex, 2007. De acordo com este autor: “O paralelismo ocorre quando concorrentes adotam uma mesma política comercial, como preços, condições de venda, financiamentos, fórmulas de preços, formas de entrega, qualidade dos produtos, etc.. Quando o paralelismo é fruto da racionalidade econômica individual de cada agente, isto é, a conduta uniformizada seria adotada pelo agente mesmo na hipótese de os demais concorrentes não a adotarem, a identidade de condutas seria absolutamente irrelevante do ponto de vista concorrencial. [...] O paralelismo não teria significado jurídico de si e por si, dependeria sempre de outros fatos. Assim, a existência de comportamentos paralelos não constituiria qualquer evidência de acordo, salvo se os fatos adicionais demonstrassem que a racionalidade da conduta está intrinsecamente vinculada à adoção da mesma conduta pelos demais.” (p. 310)

¹⁰ MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Criminal**. Tese (Doutorado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 18-19. (Esta tese foi recentemente lançada em livro: MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Singular, 2013).

era até recentemente regulada, com mecanismos governamentais de determinação de preço, volume ou outras variáveis comerciais”.¹¹ Connor¹² define como sendo internacionais aqueles cartéis com participantes de duas ou mais nações, enquanto que os cartéis globais são formados pelo conjunto de dois ou mais participantes dos três continentes mais industrializados. Para o Department of Justice dos Estados Unidos (DOJ), é necessário que pelo menos uma das partes envolvidas não seja nacional; pelo menos uma das partes envolvidas não esteja situada no país; a conduta ilícita no país tenha sido praticada fora de seu território; e que, para análise e investigação do caso, haja cooperação entre as jurisdições.¹³ No Brasil, a lei antitruste vigente prevê a possibilidade de proibição de cartéis internacionais, à medida que dispõe, em seu artigo 2º, sobre o princípio dos efeitos, determinando que a lei será aplicada “às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos”.

Em relação à gravidade, os cartéis podem ser difusos (*soft*) ou clássicos (*hard-core*). Cartéis difusos são “aqueles que não envolvem acordos entre seus partícipes, mas a mera troca de informações comercialmente sensíveis”.¹⁴ Para o ex-Conselheiro do CADE Luiz Carlos Delorme Prado, os cartéis difusos envolvem um ato de coordenação da ação entre empresas com o objetivo similar ao do cartel clássico, mas de caráter eventual e não institucionalizado, muitas vezes em função de um evento externo que as afetou simultaneamente.¹⁵ Cartel clássico, por seu turno, refere-se a “um acordo anticompetitivo, uma prática anticompetitiva concertada ou um arranjo anticompetitivo entre concorrentes, para fixar preços, fraudar licitações (propostas colusivas), estabelecer restrições na produção ou quotas, ou dividir mercado por meio de alocação de clientes, fornecedores,

¹¹ Esta autora indicou como exemplo de cartel nacional o próprio Brasil, pois, segundo ela, “a existência do Conselho Interministerial de Preços – CIP e da Superintendência Nacional de Abastecimento – SUNAB criava contexto para trocas de informações comercialmente sensíveis entre concorrentes, sendo necessárias décadas para superar a cultura então formada” (MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit., p. 19).

¹² CONNOR, John M. Global Antitrust Prosecutions of Modern International Cartels. **Journal of Industry, Competition and Trade**. Kluwer Academic Publishers, v. 4, n. 3, p. 239-267, 2004.

¹³ ESTADOS UNIDOS. Department of Justice. Antitrust Division. **International Competition Policy Advisory Committee: Final Report**, 2000. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/icpac/finalreport.html>>. Acesso em: 18 ago. 2013.

¹⁴ MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit., p. 16.

¹⁵ Cf. voto do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado no Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14, p. 5-6, em que distinguiu os cartéis difusos dos cartéis clássicos como sendo “um ato de coordenação da ação entre empresas com o objetivo similar ao do cartel clássico, mas de caráter eventual e não institucionalizado. Esse é o caso quando um grupo de empresas decide reunir-se para coordenar um aumento de preços, muitas vezes em função de um evento externo que as afetou simultaneamente. Isto é, tal ação pode ser considerada eventual e não decorreu de uma organização permanente para coordenar as ações das empresas envolvidas.”

territórios ou linhas de comércio”.¹⁶

Aos olhos de Martinez,¹⁷ além da diferenciação entre cartéis envolvendo variáveis comercialmente sensíveis (i.e., preço/quantidade e cartéis de alocação de mercado ou grupos de clientes) e entre cartéis quanto à gravidade (difusos ou clássicos), há ainda quatro formas de classificação dos cartéis, a saber: (i) explícitos ou tácitos; (ii) nacionais ou internacionais; (iii) cartéis de compra¹⁸ ou de venda; e (iv) cartéis de importação ou de exportação.¹⁹ Além disso, referida autora enfatiza que o cartel em licitação é um tipo específico de cartel de alocação de mercado e tem especial relevância em matéria penal.

Entende-se que a classificação quanto à gravidade (i.e., cartel difuso ou clássico) poderia ser tratada de modo distinto das demais classificações sugeridas por Martinez, podendo ser denominada de um “tipo principal”, ao passo que os demais tipos poderiam ser tratados como “tipos acessórios” do principal. Isto porque os cartéis clássicos como um “tipo principal”, por exemplo, podem se enquadrar, cumulativamente, em outros “tipos acessórios”, i.e., podem ser: clássicos e explícitos ou tácitos; clássicos e nacionais ou internacionais; clássicos e de preços ou de alocação de mercados; clássicos e de compra ou de venda; etc.

No que tange às ineficiências econômicas geradas pelo cartel, estas são semelhantes

¹⁶ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Recommendations & Best Practices:** Recommendation of the Council Concerning Effective Action against Hard Core Cartels, 1998. Do original: “*an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce.*” A OCDE recomendou também que “a categoria de cartel clássico não inclui acordos, práticas concertadas ou arranjos que (i) são razoavelmente relativos à legalidade da realização de redução de custos ou do aumento produtivo de eficiências; (ii) são excluídos, direta ou indiretamente, da abrangência das próprias leis de um país membro; ou (iii) são autorizados de acordo com essas leis.” (em tradução livre). Do original: “*the hard core cartel category does not include agreements, concerted practices, or arrangements that (i) are reasonably related to the lawful realization of cost-reducing or output-enhancing efficiencies, (ii) are excluded directly or indirectly from the coverage of a Member country’s own laws, or (iii) are authorised in accordance with those laws.*” (Ibidem, p. 3).

¹⁷ (MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit., p. 16-19.

¹⁸ Cf. Sobre cartéis de compra, vide: GOLDBERG, Daniel Krepel. **Poder de compra e política antitruste.** São Paulo: Singular, 2006.

¹⁹ Cf. Sobre cartéis de exportação, vide: MIURA, Maira Yuriko Rocha. **Os cartéis de exportação na ordem jurídica brasileira:** uma visão de Direito Comercial. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, São Paulo, 2010. Cf. LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. The Changing International Status of Export Cartels Exemption. **American University International Law Review**, v. 20, n. 3; **Ross School of Business Paper**, n. 897, 2004. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=618201>. Acesso em 10 dez. 2013.

àquelas geradas em um mercado monopolista. Embora o cartel não seja possível em um mercado monopolizado — uma vez que é necessária a presença de mais de um agente econômico para a prática do conluio —, os cartéis buscam as mesmas condições de um mercado monopolizado, ou seja, atuar soberanamente no mercado com o fim de maximizar seus lucros. A origem desses lucros repousa na transferência de renda proveniente dos consumidores. De fato, atuam em conjunto, como se um monopolista fossem, e dividem entre si os lucros que resultam da atividade ilícita. Stiglitz e Walsh (2003)²⁰ indicam que há quatro fontes de ineficiência nos monopólios e setores com concorrência imperfeita, a saber: nível de produto restringido; acomodação gerencial; falta de atenção à pesquisa e desenvolvimento; e comportamentos que buscam renda de monopólio.

Connor e Lande²¹ notaram que os prejuízos sociais do cartel resultam em três perdas de eficiência:

Primeiro, o poder de mercado pode produzir ineficiência alocativa, representada pelo peso morto do triângulo de bem-estar no diagrama padrão de preço de monopólio. A perda do peso morto, a qual geralmente pode ser significativa, aparentemente nunca foi premiada em caso de antitruste. Segundo, o poder de mercado pode produzir efeitos “guarda-chuva”, que ocorrem quando um cartel permite ou faz com que as empresas que estão fora do conluio cobrem preços mais altos sob o reflexo do “guarda-chuva” de seus preços supracompetitivos. Terceiro, os membros do cartel podem ter menos incentivos para inovar ou otimizar variedade ou qualidade, resultando em prejuízos para sociedade.²²

Conforme trecho transcrito, as perdas de bem-estar impostas pelas atividades do cartel estão associadas a três tipos de ineficiências econômicas, isto é: (i) ineficiência alocativa; (ii) ineficiência produtiva; e (iii) ineficiência dinâmica. A ineficiência alocativa é a alocação ineficiente de recursos, resultando em perda de bem-estar social gerado pelo desvio de preços e quantidades em relação aos verificados em concorrência perfeita para

²⁰ STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. **Introdução à Microeconomia**. Rio de Janeiro: Campus, 2003. Tradução da 3. ed. norte-americana.

²¹ CONNOR, John M.; LANDE, Robert H. Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines: 3 Issues in Competition Law and Policy. **ABA Section of Antitrust Law**, 16 out. 2008, p. 2203-2204. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1285455>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

²² Tradução livre do original: “First, market power can produce allocative inefficiency, represented by the deadweight loss welfare triangle in the standard diagram of monopoly pricing. The deadweight loss, which often can be significant, apparently has never been awarded in an antitrust case. Second, market power can produce umbrella effects, which occur when a cartel permits or causes nonconspiring firms to charge higher prices under the ‘umbrella’ of its supracompetitive price. Third, cartel members may have less incentive to innovate or to optimize variety or quality, which results in harm to society”.

dados custos de produção. A figura 1 apresenta que, seja em uma situação de cartel, seja em uma situação de monopólio, parte do triângulo $PcDB$ (que seria o bem-estar em concorrência perfeita) se transforma em peso morto (triângulo ABC), que é uma perda de eficiência, pois há uma destruição de riquezas sociais no que se refere à repartição da renda. A “ineficiência produtiva estática”²³ ocorre quando uma empresa opera com custos mais elevados do que aconteceria em uma situação competitiva, ou seja, quando a empresa escolhe o processo produtivo de maior custo dada a tecnologia vigente. A ineficiência dinâmica se refere ao fato de que os cartéis reduzem os incentivos à inovação²⁴ tanto em relação ao processo produtivo quanto em relação a novos e melhores produtos/serviços.

Figura 1 - Perda de bem-estar resultante dos cartéis²⁵

As autoridades concorrenciais não costumam quantificar os efeitos negativos do cartel, pois não é uma tarefa trivial fazer um estudo comparativo da situação vigente no mercado sob condições de cartel com aquela de um mercado competitivo hipotético. Geralmente, elas empregam em suas análises uma aproximação do possível sobrepreço²⁶ do cartel, ou seja, a quantificação do ganho ilícito resultante da conduta. Porém, o cálculo

²³ Conforme a denominação usada por FAGUNDES, Jorge Luiz S. S. Op. cit.

²⁴ Schumpeter diz que “As inovações são o principal elemento causador das transformações econômicas, segundo Schumpeter, podendo assumir as seguintes formas: (i) novos produtos; (ii) novos processos de produção; (iii) novos mercados; (iv) novas fontes de matérias prima e (v) novas organizações industriais. Estes fatores são entendidos como formas de concorrência, cuja eficácia em relação aos meios tradicionais — preço, qualidade, etc. — é como ‘um bombardeio comparado a se forçar uma porta’.” (SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984, p. 114 *apud* FAGUNDES, Jorge Luiz S. S. Op. cit., p. 83).

²⁵ Elaboração própria.

²⁶ Sobrepreço (do inglês, “overcharge”) pode ser definido como a diferença entre o preço cobrado na vigência do cartel e o preço que seria cobrado na ausência do cartel (este é o “*but-for price*” ou “*a competitive benchmark price*”, no inglês).

do sobrepreço também não é fácil de ser empreendido, pois requer avaliação do volume de comércio afetado pelo cartel e do preço que seria competitivo na sua ausência. Tal avaliação se torna ainda mais difícil em vista da escassez de informações disponíveis e da incompletude dos dados para aplicação, pelas autoridades, dos métodos econômicos adequados.

O estado de mundo ideal das políticas de combate a cartéis deveria embutir o cálculo do sobrepreço, uma vez que tal variável possibilita dimensionar os lucros resultantes do cartel, os prejuízos ocasionados ao mercado e a gravidade da infração, possibilitando, com isso, a formulação de uma punição satisfatória da conduta ilegal, conforme será analisado adiante. Cabe aqui um parêntesis para o fato de que os magistrados devem empreender o cálculo do dano e/ou do sobrepreço para que possam determinar o valor da indenização no âmbito das ações de ressarcimento de danos resultantes de práticas de cartel.

Por exemplo, a legislação concorrencial brasileira prevê o cálculo da “vantagem auferida, quando passível de estimação”²⁷ para a formulação da pena, mas dificilmente as autoridades realizam esse cálculo na prática. No caso concreto, é comum que as autoridades se valham de estimativas encontradas em estudos que sugerem alguns valores médios de sobrepreço.²⁸ Dentre tais estudos, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)²⁹ estimou que a média se situa entre 15% a 20%. Outros sugerem maiores estimativas, *e.g.*, na média de 40% a 25%, sendo que, para cartéis internacionais, sugeriu-se uma média maior, entre 30% a 33%, comparada à média de 17% a 19% para cartéis domésticos; há estimativas de que o sobrepreço mais baixo seria de 7% e o mais alto seria de 100%. Quanto a cartéis em licitações, há suposições de que resultam em sobrepreços menores, em média 21%, comparados aos conluíus convencionais de fixação de preços ou quotas de mercado, cuja média é de 25 a 29%.³⁰ A tabela 1 compila

²⁷ Artigo 37 da Lei n. 12.529/2011.

²⁸ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Fighting Hard Core Cartels:** Harm, Effective, Sanctions and Leniency Programmes, 2002. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>> Acesso em 20 dez. 2013. Cf. Justificativas do CADE na aplicação de estimativa de sobrepreço no julgamento do Cartel dos Gases (Processo Administrativo n. 08012.009888/2003-70).

²⁹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Fighting Hard Core Cartels.** Op. cit.

³⁰ Cf. CONNOR, John M.; LANDE, Robert H. How High Do Cartels Raise Prices: Implications for Reform

algumas pesquisas envolvendo sobrepreço de cartel.

Tabela 1 - Sumário de seis pesquisas econômicas de sobrepreço de cartel³¹

Referência	Número de cartéis	Média de Sobrepreço	
		Média	Mediana
1. Cohen e Scheffman (1989)	5-7	7,7 – 10,8%	7,8 – 14,0%
2. Werden (2003)	13	21%	18%
3. Posner (2001)	12	49%	38%
4. Levenstein e Suslow (2002)	22	43%	44.5%
5. Griffin (1989), cartéis privados	38	46%	44%
6. OCDE (2003), exceto picos	12	15,75%	12,75%
Total, média simples	102-104	30,7%	28,1%
Total, média ponderada	102-104	36,7%	34,6%

O sobrepreço imposto pelos cartéis tem um reflexo negativo relevante nas vendas ofertadas ao mercado. A OCDE³² realizou estimativas dos casos de cartéis investigados pelos seus membros entre 1996 a 2000. Foram encontrados 119 casos e o volume de comércio afetado por apenas 16 dos maiores deles excedeu a quantia de U\$ 55 bilhões em todo o mundo.

Sobre os cartéis internacionais, há previsão de que estes tendem a afetar o volume de vendas em maior escala comparados aos cartéis domésticos, além de ser mais duradouros e ter maiores percentuais de sobrepreço. Em cartéis internacionais descobertos no período de 1990-2007, o total de vendas afetadas no mercado dos Estados Unidos foi estimado em U\$ 1,5 trilhão. Sobretudo, os sobrepreços gerados nos Estados Unidos por tais cartéis foram da ordem de U\$ 375 bilhões. A gravidade e as lesões ao mercado ocasionadas por esses cartéis superam todos os cartéis sancionadas pelo DOJ antes de 1990.³³

of the Antitrust Sentencing Guideline. **Tulane Law Review**, v. 80; **American Antitrust Institute Working Paper**, n. 01-04. 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=787907>. Acesso em: 23 nov. 2013. Cf. CONNOR, John M.; BOLOTOVA, Yulija V. Cartel Overcharges: Survey and Meta-Analysis. **International Journal of Industrial Organization**, v. 24, 1 mar. 2005. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=788884. Acesso em: 23 nov. 2013.

³¹ CONNOR, John M.; LANDE, Robert H. Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines. Op. cit.

³² ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Fighting Hard Core Cartels**. Op. cit., p. 80.

³³ CONNOR, John M. Anti-Cartel Enforcement by the DOJ: an Appraisal. **The Competition Law Review**, v. 5, n. 1, p. 89-121, dez. 2008. Disponível em: <<http://www.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol5Iss1Art3Connor.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

Em estudo de Levenstein e Suslow³⁴ — sobre os efeitos econômicos dos cartéis internacionais para os países em desenvolvimento (i.e., para os consumidores e produtores de países em desenvolvimento), bem como sobre as implicações para a política de concorrência —, verificou-se, em 1997, que países em desenvolvimento importaram, durante algum período dos anos 1990, U\$ 51,1 bilhões em bens provenientes de setores da indústria sob atividades de cartéis internacionais.

Diante das estimativas apresentadas, é possível responder à pergunta do tópico desta seção no sentido de que os cartéis devem ser combatidos *vis-à-vis* as ineficiências econômicas deles resultantes, traduzidas em redução da qualidade dos produtos, elevação dos custos de produção e ausência de investimentos em pesquisa e desenvolvimento. Tais ineficiências são notórias a ponto de praticamente todas as jurisdições que possuem autoridades de defesa da concorrência considerarem o cartel como um ilícito concorrencial.³⁵

1.1.1 Cartéis clássicos

*Cartels are the most egregious violations of competition law.*³⁶

É importante definir o que constitui um cartel clássico (mais comumente denominado como cartel “*hard-core*”), anteriormente mencionado nesta dissertação como um “tipo principal”, a fim de facilitar o recorte da pesquisa empírica a ser tratada no capítulo 3.

Na seção 1.1, definiu-se, genericamente, a conduta de cartel, diferenciando o cartel

³⁴ LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. Contemporary International Cartels and Developing Countries: Economic Effects and Implications for Competition Policy. **Antitrust Law Journal**, v. 71, n. 3, p. 801-852, 2004. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/40843605>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

³⁵ Cf. WHISH, Richard; BAILEY, David. Op. cit., p. 513: “*Horizontal agreements between independent undertakings to fix prices, divide markets, to restrict output and to fix the outcome of supposedly competitive tenders are the most obvious target for any system of competition law. Hard-core cartels are prohibited by virtually all systems of competition law and are the subject of ever more draconian penalties.*” Em tradução livre: Acordos horizontais entre empreendimentos independentes para fixar preços, dividir mercados, restringir quotas de produção e fixar o resultado de licitações supostamente competitivas são o mais óbvio alvo para qualquer sistema de defesa da concorrência. Cartéis clássicos são proibidos por praticamente todos os sistemas de defesa da concorrência e são objeto de sanções cada vez mais draconianas.

³⁶ Em tradução livre: “Cartéis são as mais vis infrações ao direito de defesa da concorrência” ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Recommendations & Best Practices**. Op. cit.

difuso (ou “*soft*”) do cartel clássico (“*hard-core*”). O primeiro é aquele que não envolve acordo entre seus partícipes, mas a mera troca de informações comercialmente sensíveis, enquanto o segundo pode ser entendido como “um acordo anticompetitivo, uma prática anticompetitiva concertada ou um arranjo anticompetitivo entre concorrentes, para fixar preços, fraudar licitações (propostas colusivas), estabelecer restrições na produção ou quotas, ou dividir mercado por meio de alocação de clientes, fornecedores, territórios ou linhas de comércio”.³⁷ Os cartéis clássicos, conforme já dito, são considerados a mais grave infração concorrencial pelas jurisdições com legislações anticompetitivas.

Tal diferenciação é relevante para o recorte da pesquisa empírica, face às particularidades e sofisticação das políticas voltadas ao combate dos cartéis clássicos, tanto no Brasil quanto em outras jurisdições, notadamente em relação aos coincidentes mecanismos de investigação e de punição dissuasória dessa conduta. Além disso, a prioridade de combate a cartéis clássicos pelas agências de concorrência no mundo requer o estabelecimento de regras claras e bem-definidas às empresas e aos executivos acerca das limitações, implicações e peculiaridades desse ilícito concorrencial, a fim de que essa política seja transparente e possa contribuir para o efeito dissuasório do combate a cartéis.

O CADE distinguiu os cartéis clássicos pelo elemento de institucionalidade:

[Cartel Clássico ou Integral] é definido como acordo secreto entre competidores, com alguma forma de institucionalidade, com o objetivo de fixar preços e condições de venda, dividir consumidores, definir nível de produção ou impedir a entrada de novas empresas no mercado. Este tipo de cartel opera através de um mecanismo de coordenação institucionalizado, podendo ser reuniões periódicas, manuais de operação, princípios de comportamento, etc. Isto é, sua ação não decorre de uma situação eventual de coordenação, mas da construção de mecanismos permanentes para alcançar seus objetivos.³⁸

³⁷ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Recommendations & Best Practices**. Op. cit. Do original: “*an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce.*”

³⁸ Cf. Trecho do voto do Conselheiro Relator, Luiz Carlos Delorme Prado, do Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14, p. 5 (Cartel das Britas). Esta definição vem sendo adotada pelo CADE, conforme parecer da Superintendência do CADE, no Processo Administrativo n. 08012.010215/2007-96. A despeito de os cartéis clássicos serem secretos e de difícil detecção pelas autoridades, Hovenkamp diz que “Com frequência, cartéis adotam medidas elaboradas para evitar fraudes. Alguns cartéis desenvolvem sofisticadas escriturações, relatórios ou métodos de contabilidade para que cada participante possa verificar o preço e a produção dos outros participantes.”. Do original: “*Often cartels take elaborate measures to prevent cheating.*”

Martinez entende que a definição adotada pelo CADE no referido caso não é a mais adequada e alinha-se à definição da OCDE e da Rede Internacional de Concorrência (International Competition Network – ICN), considerando duas características para definição de cartéis clássicos³⁹:

(i) a presença de um acordo, explícito ou tácito (i.e., a mera troca de informações comercialmente sensíveis não é suficiente para caracterizar um cartel como clássico); e (ii) que o acordo seja relativo a variáveis comercialmente sensíveis, como preços, quantidade, áreas de atuação/cliente ou participação em licitações. Estando presentes estas características, o acordo é suficientemente grave para justificar a sanção em seu mais alto grau. Cartéis difusos serão basicamente aqueles que não envolvem acordos entre seus partícipes, mas a mera troca de informações comercialmente sensíveis.⁴⁰

Tendo em vista que a definição da conduta de cartel — i.e., cartel clássico ou difuso, por exemplo — é uma variável importante para os rumos da análise da prática anticompetitiva pelas autoridades concorrenciais, bem como para nortear o recorte da pesquisa jurisprudencial do capítulo 3, este tema será retomado adiante, principalmente em razão da importância de as autoridades concorrenciais estabelecerem regras claras.

Aqui cabe um parêntesis no sentido de que a pesquisa abordará apenas os cartéis clássicos “privados”, pois os “cartéis públicos” possuem objetivos muito complexos, uma vez que visam não somente à maximização conjunta de lucros com a prática anticompetitiva — semelhante ao que ocorre nos cartéis privados —, como também envolvem questões relacionadas à estabilidade econômica ou à influência política internacional.

Uma vez esclarecido que o recorte a ser adotado nesta pesquisa se delimitará aos cartéis clássicos, serão feitas algumas observações gerais acerca da conduta de cartel e do

Some cartels have developed sophisticated bookkeeping, reporting or accounting methods so that each member can check the price and output of other members.” (HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and Its Practice**. 3. ed., St. Paul, MN, USA: Thomson/West, 2005, p. 151).

³⁹ A título ilustrativo, cf. definições de cartel clássico, adotadas por algumas jurisdições, conforme apresentadas pela ICN (INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Defining Hard Core Cartel Conduct: Effective Institutions: Effective Penalties. In: ICN WORKING GROUP ON CARTELS. **ICN 4th Annual Conference**. Bonn, Germany, jun. 2005, p. 11).

⁴⁰ MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit., 16.

ambiente concorrencial propenso à prática concertada.

Nesses termos, não há como deixar de mencionar a conhecida “teoria dos jogos” quando o assunto a ser estudado se trata de conluio. O objetivo da teoria dos jogos é entender escolhas estratégicas por meio de modelos matemáticos, partindo da pressuposição de que cada participante do jogo é racional e tenta maximizar seu próprio ganho. Assim, a teoria procura prever o que cada jogador fará e a resposta depende das regras do jogo e dos ganhos potenciais. O exemplo mais comum dessa teoria, e que ilustra o problema da colusão, é o conhecido “dilema dos prisioneiros”, qual seja: dois participantes ficam em situação pior ao seguir de forma independente seus interesses próprios e ambos ficariam em situação melhor se pudessem concordar sobre uma história e ter uma ameaça recíproca para evitar que o outro fuja da história.

O “dilema dos prisioneiros” é explicado como o jogo entre dois indivíduos, coautores de um crime, que foram capturados pela polícia. Supondo que a polícia não possui provas suficientes para a prisão dos suspeitos, coloca cada um em celas separadas e oferece a mesma oportunidade para cada um deles confessar o crime: se um confessar e o outro permanecer em silêncio, aquele que delatar o comparsa estará livre e o que não tiver delatado terá de cumprir 10 anos de prisão; se ambos delatarem o seu comparsa, serão sentenciados a um período reduzido de 5 anos de prisão; mas, se ambos permanecerem em silêncio, os dois serão soltos em vista da falta de provas — embora, neste caso, tenham que dividir os lucros do crime, conforme representado na tabela 2:

Tabela 2 - Matriz do dilema dos prisioneiros⁴¹

		Suspeito B Não confessa	Suspeito B Confessa
Suspeito A Não confessa	Suspeito A Confessa	0, 0	10, 0
		0, 10	5, 5

Note-se que as maiores unidades representadas no diagrama (i.e., 10) são mais vantajosas que a situação em que ambos os prisioneiros tivessem confessado o crime (i.e., 5 unidades), mas não é melhor que aquela em que ambos não confessam e são libertados por falta de provas (neste caso, precisam dividir o lucro do crime). Entretanto, os modelos

⁴¹ Elaboração própria.

apontam como estratégia dominante a de que agentes racionais optam por delatar face à incerteza em relação à atitude do outro.

De modo semelhante, o exemplo do dilema dos prisioneiros pode ser usado para casos de cartel de elevação de preços, cujos lucros resultantes do conluio superariam o lucro obtido em um cenário de concorrência, conforme ilustra a tabela 3:

Tabela 3 - Matriz do cartel de preços⁴²

		Empresa B Altos preços Colusão	Empresa B Baixos preços Concorrência
Empresa A	Altos preços	10, 10	0, 30
Empresa A	Baixos preços	30, 0	4, 4

Na matriz do cartel, as empresas A e B acordam ofertar preços altos. Em um cenário de concorrência, cobrarão apenas 4; porém, em uma situação de cartel, estas empresas podem cobrar preços de 10. Embora haja incentivos para prática concertada, há também grande incentivo para essas empresas traírem o cartel, pois, ainda que tenham acordado cobrar preços altos visando à obtenção de lucro alto, se a empresa A não honrar seu acordo e cobrar preços baixos, todos os clientes migrarão para a empresa A, a qual terá todo o lucro (na matriz, representado por 30), enquanto a empresa B não lucrará nada (na matriz, representado por 0). No entanto, se ambas as empresas traírem o cartel, isso configurará um cenário de concorrência, que levará novamente ao resultado competitivo, em que ambas as empresas, adotando estratégias de preços baixos, ganharão lucros de apenas 4.

Nota-se, portanto, que, embora as empresas tenham incentivos para práticas concertadas de cartel, alcançar o equilíbrio da colusão não é fácil, graças à estratégia dominante dessa prática de que agentes racionais tendem a trair o acordo, diante da incerteza quanto à atitude do outro (de modo semelhante ao que ocorre no exemplo do dilema dos prisioneiros, em que a estratégia dominante é a de que agentes racionais optam por delatar face à incerteza em relação à atitude do outro).

⁴² Elaboração própria.

Entretanto, para minimizar as chances de traição, cartéis sofisticados contam com mecanismos de monitoramento e retaliação do traidor. Por exemplo, quando outra empresa participante do conluio for capaz de detectar o comportamento do traidor, esta reagirá de forma semelhante (e.g. cobrando preços baixos e criando uma guerra de preços) ou aplicará outros métodos de retaliação do traidor em outros mercados em que, eventualmente, interajam. Assim, a colusão será lucrativa para os membros do cartel, desde que o traidor, que passar a ofertar baixos preços, contrariamente ao acordo, souber que os benefícios de seguir essa estratégia terão curta duração, devido aos mecanismos de punição do cartel pelos demais membros. Os infratores costumam enfrentar dificuldades para monitorar a atividade do cartel pelos seus membros. Entretanto, em mercados com transparência de preços, produtos homogêneos, demanda inelástica, etc., o monitoramento pode ser mais fácil, reduzindo tais dificuldades.

A literatura antitruste especializada aponta alguns fatores facilitadores da “constituição” de uma ação concertada entre concorrentes e fatores facilitadores do “cumprimento” dessa conduta.

Em relação aos fatores facilitadores da “constituição” do cartel, Carlton e Perloff destacaram três principais condições necessárias, a saber:

- (i) o cartel deve ser capaz de aumentar os preços acima do nível competitivo sem induzir um aumento substancial no grau de competição da parte de empresas não participantes; (ii) a sanção jurídica esperada em virtude da formação do cartel deve ser pequena comparativamente aos ganhos econômicos esperados associados a sua efetivação; e (iii) os custos econômicos esperados referentes à implementação e ao monitoramento do acordo de cartel devem ser baixos quando comparados aos referidos ganhos.⁴³

Sobre os fatores facilitadores do “cumprimento”,⁴⁴ Motta destaca: (i) fatores estruturais (i.e., mercados concentrados; altas barreiras à entrada; propriedade compartilhada e outras ligações entre concorrentes; regularidade e frequência de pedidos;

⁴³ CARLTON, Dennis W.; PERLOFF, Jeffrey M. **Modern Industrial Organization**. Addison-Wesley, 1999 apud SCHUARTZ, Luis Fernando. Ilícito antitruste e os acordos entre concorrentes. In: POSSAS, Mario Luiz (Coord.). **Ensaio sobre Economia e Direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002, p. 124.

⁴⁴ O Anexo I da Resolução n. 20/99 do CADE indica os fatores estruturais que podem favorecer a formação de cartéis: alto grau de concentração do mercado, existência de barreiras à entrada de novos competidores, homogeneidade de produtos e de custos, e condições estáveis de custos e de demanda.

poder de compra; elasticidade da demanda; evolução da demanda; homogeneidade de produtos; simetria; contatos com multimercados; e inventários e excesso de capacidades); (ii) transparência de preços e espaço para troca de informações; e (iii) política de preços e contratos.⁴⁵

É preciso cautela para não tirar conclusões precipitadas e generalizantes no sentido de que cartéis ocorrem somente em mercados concentrados, pois há diversos exemplos de cartéis com elevado número de agentes.⁴⁶ Todavia, fica difícil ignorar o fato de que mercados concentrados são convidativos ao malfeito, pois facilitam a operação do conluio e reduzem os custos de monitoramento pelos membros do cartel.⁴⁷ Estes custos de monitoramento, denominados “*rent seeking activities*”,⁴⁸ consistem em desperdício de recursos em atividades que não resultam em nenhum valor social para a conduta de cartel, tratando-se de distorções ineficientes da atividade do cartel.

Além disso, um espaço para a troca de informações entre concorrentes — desde que não envolvam variáveis concorrencialmente sensíveis — é legítimo e pode trazer eficiência a determinados setores de mercado. A existência de sindicatos e associações, por exemplo, desempenha esse papel; porém, pode facilitar a formação de cartéis ao servir de plataforma para encontros e troca de informações entre concorrentes. No Brasil, por exemplo, muitas condenações de cartéis contaram com a presença de sindicatos e associações, que eram fatores facilitadores da operação e estabilidade do cartel.⁴⁹ É provável que a participação ativa das associações de classe em cartéis brasileiros seja fruto do controle de preços

⁴⁵ Tradução livre de: “(i) *structural factors (i.e., concentration; cross-ownership and other links among competitors; regularity and frequency of orders; buyer power; demand elasticity; evolution of demand; product homogeneity; symmetry; multi-market contacts; and inventories and excess capacities*); (ii); and *price transparency and exchange of information; and (iii) pricing rules and contracts.*” MOTTA, Maximo. **Competition Policy: Theory and Practice**. Cambridge, UK: Cambridge Press, 2004, p. 142-166.

⁴⁶ Por exemplo, em cartéis envolvendo postos de gasolinas número de participantes costuma ser elevado.

⁴⁷ Por exemplo, no “Cartel dos Aminoácidos”, condenado pela Comissão Europeia, em caso de violação do acordo, cada membro do cartel deveria contatar imediatamente os outros por meio da *hotline*. No “Cartel das Vitaminas”, também condenado pela Comissão Europeia, entre outras jurisdições, foi estabelecido que gerentes tinham que telefonar semanalmente para monitorar o acordo de preço e volume de vendas e para discutir sobre clientes individuais. Além disso, mensalmente eles trocavam informações sobre o volume de vitaminas A e E vendidas em cada mercado nacional.

⁴⁸ A expressão, do inglês, “*rent-seeking activities*” pode ser entendida como os gastos voltados para a obtenção, fortalecimento ou perpetuação de uma posição de monopólio, e também de cartel, tais como a manutenção de excesso de capacidade ou atividades de *lobby* político junto ao governo. (FAGUNDES, Jorge Luiz S. S., p.77). Para melhor compreensão da teoria do *rent-seeking*, cf. MOTTA, Maximo. Op. cit., p. 44-45.

⁴⁹ Processo Administrativo n. 08012.002299/2000-18; Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14; Processo Administrativo n. 08012.001826/2003-10; Processo Administrativo n. 08012.001692/2005-07.

exercido durante longo período pelo governo, ocasião em que essas associações “eram interlocutoras das autoridades governamentais responsáveis pela fixação dos preços e reajustes a serem praticados”.⁵⁰

Outro facilitador de cartel que merece atenção são os denominados “*hub and spoke*”, termo utilizado na doutrina e jurisprudência estrangeira para denominar as empresas ou indivíduos que não atuam no mercado do cartel, mas auxiliam na constituição e cumprimento do cartel. O exemplo mais comum são os consultores externos, agentes a montante ou a jusante da cadeia produtiva, ou sindicatos e associações, quando incitam a atuação de seus associados no mercado. O CADE já condenou uma consultoria contábil por auxiliar na implementação do “Cartel da Areia”,⁵¹ condenado sob a vigência da Lei n. 8.884/1994.

Há pesquisas no sentido de que alguns setores do mercado são mais favoráveis ao ambiente colusivo que outros. Por exemplo, Combe e Monnier⁵² sugerem que cartéis mais sofisticados têm maior incidência em mercados de produtos intermediários; Bolotova⁵³ encontrou em estudos empíricos os maiores *overcharges* em mercado de oferta de serviços, de produção de metais, químicos, entre outros; e os menores *overcharges* foram encontrados em mercados de produtos florestais, equipamentos e combustíveis. Nos últimos anos, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) dispendeu bastante atenção ao mercado de combustíveis, o qual possui fatores estruturais que favorecem a colusão, além de a formação de cartel neste mercado resultar em impactos diretos no crescimento da economia e indiretos na geração de empregos.⁵⁴

À medida que o cartel já esteja estabelecido, o seu sucesso dependerá do lucro dele

⁵⁰ PFEIFFER, Roberto A. C. O papel das associações de classe na coordenação de condutas comerciais uniformes: a experiência do sistema brasileiro de Defesa da Concorrência. **Revista de Direito da Concorrência**. Brasília: IOB; CADE, n. 1 jan./mar, 2004, p. 59.

⁵¹ Processo Administrativo n. 08012.000283/2006-66.

⁵² COMBE, Emmanuel; MONIER, Constance. **Fines Against Hard Core Cartels in Europe: the Myth of Over Enforcement**, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1431644>. Acesso em: 24 nov. 2013.

⁵³ BOLOTOVA, Yuliya V. Cartel Overcharges: an Empirical Analysis. **Journal of Economic Behavior & Organization**, n. 70, p. 321-341, 2009.

⁵⁴ No voto do Conselheiro Relator, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, no âmbito da Averiguação Preliminar n. 08012.001198/2007-04, há uma extensa discussão sobre o mercado de combustíveis, visando à implantação de filtros econômicos como mecanismos de triagem dos processos que devem ser investigados pelo SBDC, a fim de que haja efetividade na política de combate a cartéis.

proveniente. Nesse caso, leia-se *lucro* como o resultado da subtração de todos os custos de implementação, monitoramento e a sanção esperada a ser imposta pelas autoridades concorrenciais. Conforme já exposto, esse lucro costuma ser de difícil quantificação, razão pela qual as autoridades acabam por utilizar apenas “estimativas” desse lucro na condenação dessas práticas. Há algumas variáveis que podem facilitar a estimação desse lucro, entre elas: o cálculo do sobrepreço e a duração da conduta de cartel. A análise dessas variáveis será detalhada adiante.

Uma vez reconhecida a nocividade do cartel clássico ao ambiente concorrencial, as jurisdições concorrenciais têm despendido recursos para o aperfeiçoamento da política de repressão a cartéis, implementando ferramentas sofisticadas de detecção dessa conduta ilegal, como a leniência e as diligências de busca e apreensão (a análise dessas ferramentas também será vista adiante). Além disso, a preocupação com o desenvolvimento dessa política extrapola o ambiente doméstico, sendo cada vez mais comuns discussões estratégicas entre as jurisdições internacionais, a fim de que haja mais cooperação e convergência dessa política de combate a cartéis, conforme será tratado em detalhes na seção 1.2.

A implementação dessas ferramentas é relevante, principalmente em vista das dificuldades enfrentadas pelas autoridades na detecção dos cartéis clássicos, os quais atuam de forma secreta. O percentual de detecção dessa prática anticompetitiva é bastante baixo, Veljanovski,⁵⁵ encontrou que cerca de 1 em cada 7 cartéis foram detectados nos anos 1980. Outros estudos sugerem piores cenários, estimando 1 em cada 10 cartéis.⁵⁶

Em vista dos prejuízos resultantes da atividade de cartéis e do fato de que cartéis são difíceis de ser descobertos, a OCDE (2002) diz que:

⁵⁵ VELJANOVSKI, Cento. Cartel Fines in Europe: Law, Practice and Deterrence. **World Competition**, v. 29, p. 1-30, mar. 2007, p. 23.

⁵⁶ CONNOR, John M.; LANDE, Robert H. Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines. Op. cit. Cf. também: COMBE, Emmanuel; MONIER, Constance. Op. cit.; HEIMLER, Alberto; MEHTA, Kirtikumar. Violations of Antitrust Provisions: the Optimal Level of Fines for Achieving Deterrence. **World Competition**, v. 35, n. 1, p. 103-119, 2012.; e STUCKE, Maurice E. Am I a Price-Fixer? A Behavioral Economics Analysis of Cartels. **University of Tennessee Legal Studies Research Paper**, n. 97, 2010. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1535720>. Acesso em: 24 nov. 2013. Referidos estudos apresentam estimativas dos baixos percentuais de detecção de cartéis, sob diversas hipóteses.

O principal propósito das sanções em casos de cartéis é a dissuasão. Idealmente, as sanções deveriam excluir a perspectiva de ganho da atividade do cartel. Tendo em vista que nem todos os cartéis são descobertos e punidos, muitos especialistas sustentam que a efetiva dissuasão requer a imposição de uma multa contra as organizações participantes de um cartel que se refere ao múltiplo do ganho estimado daqueles cartéis que são descobertos. Além disso, sanções contra pessoas físicas podem trazer um importante e adicional efeito dissuasório.⁵⁷

Connor e Lande⁵⁸ defendem que a punição para práticas de cartel deve ser severa, já que o membro do cartel certamente faz uma escolha racional ao optar pelo acordo ilegal, pois não se sujeitaria a infringir a lei se o lucro derivado da conduta anticompetitiva fosse inferior aos custos de participar dela.⁵⁹ Estatísticas da Comissão Europeia⁶⁰ apontam que as penas aplicadas naquele continente vêm aumentando desde o ano 2000, sendo que os anos de 2008 e 2010 totalizaram as maiores quantias aplicadas. Nos Estados Unidos não é diferente. Estatísticas da jurisdição norte-americana⁶¹ indicam que em 2008 e 2009 foram aplicadas multas substanciais contra empresas e contra pessoas físicas, e estas, diferentemente do que ocorre na Europa, foram condenadas a longas penas de prisão.⁶²

⁵⁷ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Fighting Hard Core Cartels**. Op. cit., p. 172. tradução livre de: “*The principal purpose of sanctions in cartel cases is deterrence. Ideally, sanctions should take away the prospect of gain from cartel activity. Because not all cartels are uncovered and punished, many experts contend that effective deterrence requires imposing a fine against organizations participating in a cartel that is a multiple of the estimated gain on those cartels that are uncovered. Further, sanctions against individuals can provide important, additional deterrence.*”

⁵⁸ CONNOR, John M.; LANDE, Robert H. Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines. Op. cit.

⁵⁹ No mesmo sentido, cf. Scott Hammond: “*If the potential penalties that can be imposed upon cartel participants are not perceived as outweighing the potential rewards of participating in a cartel, then the fine imposed becomes merely part of the cost of doing business.*” Em tradução livre: Se as penalidades potenciais que podem ser impostas aos participantes do cartel não forem percebidas como tendo mais importância do que as recompensas potenciais de se participar de um cartel, então a multa imposta torna-se meramente parte do custo de se fazer negócios.” HAMMOND, Scott D. The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades. 25 FEV. 2010. In: ABA CRIMINAL JUSTICE SECTION; THE ABA CENTER FOR CONTINUING LEGAL EDUCATION. **24th Annual National Institute on White Collar Crime**. Miami, Florida, 2010. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Hammond_Evolution_of_Criminal_Antitrust_Enforcement_Over_the_Last_Two_Decades_Feb2010.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2013, p. 4.

⁶⁰ Cf. UNIÃO EUROPEIA. European Commission. **Cartel Statistics**. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2013.

⁶¹ Vide documento do FTC: ESTADOS UNIDOS. Federal Trade Commission. **Crisis Cartels: Contribution from the United States**. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/bc/international/docs/1102crisiscartels.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2013, p. 4. Vide também: ESTADOS UNIDOS. Department of Justice. Antitrust Division. **Sherman Act Violations Yielding a Corporate Fine of \$10 Million or More**. disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/criminal/sherman10.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2013.

⁶² A SDE diz que: “Nos últimos anos, as autoridades de defesa da concorrência de diversos países intensificaram seus esforços para identificar e impor severas sanções administrativas e criminais pela prática de cartel. Como exemplo a Comissão Europeia de 1990 a 2008 aplicou multas por formação de cartel que excederam € 13 bilhões e os Estados Unidos, de 1997 a 2008, aplicaram multas que superaram US\$ 3 bilhões, além de outras sanções criminais.” (BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico. **Guia de combate a cartéis na revenda de combustíveis**. Brasília, 2009, p. 7. Coleção

Em contrapartida, é preciso cautela com a aplicação de penas demasiadamente severas, pois podem infringir os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, além dos indesejáveis custos sociais e econômicos ao mercado como um todo, opondo-se ao principal objetivo da política antitruste, qual seja: a tutela da livre concorrência. Para Wils,⁶³ embora não haja uma fórmula econometricamente perfeita para aplicação de multas, estas devem ser formuladas de modo a desencorajar as empresas de participarem ativamente da estrutura organizacional do cartel, considerando fatores econômicos e, também, “psicológicos” na sua criação e funcionamento. Daí a importância de as autoridades estruturarem seus regimes com procedimentos sistemáticos, transparentes e imparciais, para que alcancem legitimidade perante a sociedade — a qual vislumbra que a lei seja aplicada de modo a lhe trazer segurança jurídica —, resultando nos desejáveis efeitos dissuasórios de determinada política. Este assunto será aprofundado adiante.

Em suma, dada a importância da repressão a cartéis clássicos, as autoridades concorrenciais devem se preocupar em formular políticas bem-estruturadas, não só visando à detecção dessa prática ilegal como também criando um sistema de punição que atinja os desejáveis efeitos dissuasórios do combate a cartéis. A ICN⁶⁴ elencou três objetivos que devem servir de base para qualquer regime sólido de combate a cartéis, quais sejam: (i) clareza na definição da conduta que constitui o cartel; (ii) agências bem estruturadas para detectar, investigar e às vezes processar cartéis; e (iii) um sistema de pena efetivo. Esses objetivos serão retomados ao longo desta dissertação.

1.1.2 Cartéis clássicos e a regra *per se*: controvérsias na conceituação

A Lei n. 8.884/1994 e a Lei n. 12.529/2011, em seus artigos 20⁶⁵ e 36,⁶⁶

SDE/DPDE n. 4/2009).

⁶³ WILS, Wouter P. J. Optimal Antitrust Fines. Op. cit., p. 31.

⁶⁴ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Defining Hard Core Cartel Conduct. Op. cit., p. 1.

⁶⁵ “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico

respectivamente, dispõem sobre a análise das infrações da ordem econômica, entre elas o cartel. Ainda é controversa a interpretação, pelo CADE, do *caput* destes artigos, os quais têm redação idêntica (“Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”).

O Anexo I da Resolução CADE n. 20/1999⁶⁷ propõe, como critério de análise de práticas restritivas horizontais previstas nos referidos artigos 20 e 36, método semelhante à regra da razão do direito norte-americano (do inglês, *rule of reason*), à medida que recomenda a aplicação do princípio da razoabilidade na análise das infrações concorrenciais; ou seja, é preciso ponderar as potenciais eficiências econômicas resultantes da conduta *vis-à-vis* os seus potenciais impactos anticompetitivos. Para tanto, uma investigação baseada na regra da razão sujeita as autoridades de defesa da concorrência a realizar análise convencional de mercado (i.e., definição de mercado relevante, cálculo das

em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.”

⁶⁶ “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do *caput* deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.”

⁶⁷ O Anexo I da Resolução n. 20/99 do CADE dispõe: “As práticas restritivas horizontais consistem na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios. Em ambos os casos visa, de imediato ou no futuro, em conjunto ou individualmente, o aumento de poder de mercado ou a criação de condições necessárias para exercê-lo com maior facilidade. Em geral, tais práticas pressupõem a existência ou a busca de poder de mercado sobre o mercado relevante. Em diferentes graus, algumas podem também gerar benefícios em termos de bem-estar ao mercado (‘eficiências econômicas’), recomendando a aplicação do ‘princípio da razoabilidade’. Desse modo, é preciso ponderar tais efeitos *vis-à-vis* os potenciais impactos anticompetitivos da conduta. Portanto, uma prática restritiva somente poderá gerar eficiências líquidas caso as eficiências econômicas dela derivadas compensem seus efeitos anticompetitivos. As situações mais comuns, ainda que outras sejam possíveis, são: 1. Cartéis: acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio. [...]”

participações de mercado dos agentes envolvidos, análise das condições estruturais do mercado e identificação de possíveis ganhos de eficiência da conduta), a fim de ponderar os potenciais efeitos esperados de uma dada conduta, ao passo que às partes envolvidas na conduta investigada cabe provar eventuais eficiências e/ou apresentar justificativas capazes de provar que a conduta não é um ilícito concorrencial.

Por sua vez, independentemente dos conceitos do direito norte-americano traduzidos em “*rule of reason*” ou “*regra per se*” (do inglês, *per se rule*), o ex-conselheiro Luis Fernando Schuartz⁶⁸ fez uma interpretação pertinente sobre a literalidade do *caput* do referido artigo 20 da Lei n. 8.884/1994 (o qual foi fielmente reproduzido pelo artigo 36 da lei atualmente em vigor), no sentido de que a interpretação deve ser feita de maneira dual, i.e., “a infração se caracteriza pela presença seja (i) do propósito ‘objetivamente visado’ de que se produza algum dos efeitos mencionados nos incisos; seja, ainda, (ii) da elevada probabilidade de que se produza algum desses efeitos.” De acordo com essa interpretação, no primeiro caso, predomina o caráter intencional dos agentes na busca de um efeito com dada conduta; no segundo, o risco associado à conduta de produção de dados efeitos. Em ambas as hipóteses, não é necessário provar os efeitos, mas sim a potencialidade dos efeitos.

Ainda que a conduta de cartel se enquadre na definição de infração da ordem econômica, prevista nos referidos artigos 20 e 36, o CADE já se posicionou em alguns casos no sentido de que a conduta de cartel clássico deve ser analisada, exclusivamente, como um ilícito *per se*,⁶⁹ isto é, para o CADE basta a prova do conluio para caracterização do ilícito, independentemente dos potenciais efeitos da conduta e da possibilidade de o agente infrator tentar provar eficiências dela decorrentes, contrapondo-se à análise baseada na regra da razão.

⁶⁸ Cf. votos do ex-Conselheiro Luis Fernando Schuartz, no âmbito do Processo Administrativo n. 08012.007042/2001-33 e do Processo Administrativo n. 08012.002493/2005-16.

⁶⁹ A jurisprudência do CADE já considerou cartéis clássicos como ilícitos *per se*: “[...] cartéis geram apenas os efeitos negativos do aumento de poder de mercado, sem qualquer efeito de aumento de eficiência. Portanto, os cartéis, particularmente, os cartéis clássicos são, sem qualquer ambiguidade, nocivos ao bem-estar dos consumidores, e são consequentemente um delito *per se*, sem possibilidade de qualquer mitigação, por argumentos da regra da razão.” (*ipsis litteris*) — Voto do Relator Luiz Carlos Delorme Prado no Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14, p. 9. Cf. também Processo Administrativo n. 08012.002299/2000-18, o CADE sustentou que o ato infrativo independe dos resultados; basta a potencialidade da infração, ou seja, uma vez provado o conluio entre os concorrentes, há infração. Vide também Processo Administrativo n. 08012.004039/2001-68.

De modo semelhante, muitas jurisdições⁷⁰ entendem que o cartel clássico é um ilícito *per se*, sob a justificativa de que cartéis implicam em significativas perdas de bem-estar social. A OCDE considera os cartéis clássicos como a mais grave infração de leis de concorrência.

Portanto, o dilema que remanesce diz respeito à definição da desejável interpretação de regra *per se* a ser aplicada pelo CADE em casos de cartéis clássicos. O ex-conselheiro Luis Fernando Schuartz, interpretando a aplicabilidade de regra *per se* do direito norte-americano,⁷¹ entendeu que esta regra “não significa condenação independentemente dos efeitos da prática para a concorrência, mas sim condenação independentemente da prova desses efeitos”.⁷² Este entendimento se alinha à hipótese (i) sugerida pelo autor e anteriormente mencionada (i.e., “do propósito ‘objetivamente visado’ de que se produza algum dos efeitos mencionados nos incisos”). Nota-se que o autor era defensor da presunção de ilicitude *per se* dos cartéis clássicos;⁷³ segundo ele, a

⁷⁰ A jurisdição norte-americana é a que tem mais tradição na aplicação da ilicitude *per se* de cartéis, principalmente pelo fato de condenar cartéis na esfera criminal. “*Agreements of a type that always or almost always tends to raise price or to reduce output are per se illegal. The Agencies challenge such agreements, once identified, as per se illegal. Types of agreements that have been held per se illegal include agreements among competitors to fix prices or output, rig bids, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce. The courts conclusively presume such agreements, once identified, to be illegal, without inquiring into their claimed business purposes, anticompetitive harms, procompetitive benefits, or overall competitive effects. The Department of Justice prosecutes participants in hard-core cartel agreements criminally.*” (ESTADOS UNIDOS. Federal Trade Commission; Department of Justice. **Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors**, abr. 2000. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2013). Em tradução livre: “Acordos do tipo que sempre ou quase sempre tende a aumentar preços ou reduzir a produção são ilícitos *per se*. As Agências desafiam tais acordos, uma vez identificados, como ilegais *per se*. Tipos de acordos que têm sido tratados como ilegais *per se* incluem acordos entre concorrentes para fixar preços ou produção, licitações fraudulentas ou dividir ou compartilhar mercados pela alocação de clientes e fornecedores, territórios ou linhas de comércio. Os tribunais presumem peremptoriamente que tais acordos, uma vez identificados, são ilegais, sem investigar seus alegados propósitos de negócios, prejuízos anticompetitivos, benefícios em prol da concorrência ou efeitos concorrenciais globais. O Departamento de Justiça processa criminalmente participantes em acordos de cartel clássico.” Além disso, no Canadá, cartel é um crime tratado como ilícito *per se*. Cf. CONNOR, John M. *Global Antitrust Prosecutions...* Op. cit.

⁷¹ Interessante debate sobre a definição de regra *per se* e de regra da razão no direito norte-americano foi realizado pela Suprema Corte dos Estados Unidos no âmbito do caso *Leegin*, em que o DOJ atuou como *amicus curiae*. A conduta analisada foi a “fixação de preço de revenda”. Cf. REINO UNIDO. Federal Trade Commission. **FTC and Department of Justice Amicus Curiae Brief in Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc. Concerning Vertical Minimum Resale Price Maintenance Agreements**. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/2007/01/070122Leegin06-480amicusPDC.pdf>>. Acesso em 20 dez. 2013.

⁷² DUTRA, Pedro. **Conversando com o CADE**. São Paulo: Singular, 2009, p. 271.

⁷³ “[...] cartéis *hard-core* são os vilões por excelência do direito da concorrência. Eles são considerados não apenas por toda parte como ilícitos antitruste, mas em vários ordenamentos, também como criminosos. Cartéis *hard-core* são normalmente tratados como ilícitos *per se*, isto é, a prova do fato do cartel é, em regra, suficiente para autorizar a conclusão de que se trata de conduta cujo efeito líquido esperado sobre o bem-

configuração do ilícito baseado na aplicação da regra *per se* se resume em: “provada a existência da colaboração e, *prima facie*, o poder de mercado conjunto dos agentes nela envolvidos, está configurado o ilícito”.⁷⁴

Como visto, o CADE já aplicou a regra *per se* de modo bastante restrito, isto é, basta a prova do acordo para o CADE motivar a condenação da conduta, não se preocupando com a análise dos potenciais efeitos do cartel, diferentemente do que foi sugerido pelo ex-conselheiro Luis Fernando Schuartz, que não desconsidera os efeitos, mas, sim, a prova dos efeitos. A interpretação adotada pelo CADE parece ser a menos custosa, pois não exige análise convencional de mercado para verificação da potencialidade dos efeitos, pois a prova do acordo é suficiente para condenação. Porém, o CADE poderá condenar casos irrelevantes, que não tenham potencial de prejudicar o bem-estar social.⁷⁵

A Comissão Europeia, por sua vez, classifica as condutas anticompetitivas, previstas nos artigos 101 e 102 do Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), a partir do critério de que determinada conduta tem por “objeto” ou por “efeito” o impedimento, restrição ou distorção da concorrência. Os cartéis são analisados pela Comissão Europeia como condutas anticompetitivas pelo objeto. A classificação das condutas como “infração por objeto” ou “infração pelos efeitos” é análoga à classificação adotada nos Estados Unidos, que, como visto, caracteriza determinados acordos como infração *per se* e outros como sujeitos à análise da denominada “*rule of reason*”. Para

estar social é negativo. Mesmo o mais fanático defensor do dogma da inadmissibilidade da regra *per se* no direito antitruste brasileiro deveria, se minimamente informado, sentir um certo embaraço ao invocar supostos ‘ganhos de eficiência’ na defesa de um acordo explícito de fixação de preços. [...] a premissa metodológica de acordo com o qual os agentes econômicos são racionais (i.e., aproveitam oportunidades de maximização dos lucros) e a premissa teórico-econômica de acordo com a qual a lucratividade do acordo de preços está condicionada à detenção conjunta, pelos partícipes, de poder de mercado para o aumento dos preços e a redução das quantidades ofertadas, segue-se necessariamente que a prova do fato do acordo é suficiente para a conclusão no sentido da produção da perda de bem-estar.” SCHUARTZ, Luis Fernando. Op. cit, p. 119-121.

⁷⁴ Voto-vista no âmbito do Processo Administrativo n. 08012.007042/2001-33.

⁷⁵ Para tanto, vale visitar o julgamento da Suprema Corte norte-americana, em 1990, do caso *FTC v. Superior Court Trial Lawyer Ass’n*, em que se comparou a regra *per se* do direito antitruste às regras de limites de velocidade em estradas, em que os custos de se avaliar as peculiaridades de cada caso concreto envolvendo velocidade nas estradas não compensariam os fins da punição, sendo justificável a aplicação da regra *per se* nesse caso específico, ainda que casos irrelevantes pudessem estar sujeitos à condenação. Cf. também discussão interessante sobre este caso, no âmbito do voto-vista do ex-Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no Processo Administrativo n. 08012.001271/2001-44.

Whish e Bailey,⁷⁶ a principal diferença entre a “infração por objeto” e a “infração *per se*” se refere ao fato de que a primeira não caracteriza como ilícitos certos acordos que possam demonstrar condições satisfatórias deles provenientes — i.e., seria a regra da razão com a inversão do ônus da prova —, enquanto que, na segunda, basta a comprovação da existência do acordo para que este não seja permitido.

Martinez⁷⁷ parece alinhar-se à classificação adotada pela Comissão Europeia, ou seja, de que cartéis devem ser analisados como uma infração por objeto — ou melhor, pela regra da razão com a inversão do ônus da prova, regra intermediária entre a regra *per se* e a regra da razão —, sugerindo que o critério *per se*, hoje predominante no CADE, não seria a regra adequada para o Brasil. Isto porque a adoção dessa regra, segundo a autora, resolve a contento o desafio de assumir a existência de efeitos anticompetitivos sempre que houver conduta colusiva e, por conseguinte, a eventual condenação de casos irrelevantes (para explicar esse desafio, a autora criou um exemplo ilustrativo, denominado por ela como “dilema dos padeiros”⁷⁸).⁷⁹ Concluiu a autora que essa solução seria a mais eficiente, maximizando o bem-estar social, sem, com isso, vincular a atividade sancionatória estatal a perseguições custosas e ineficientes.

Em casos recentes julgados pelo CADE, surgiram discussões sobre a classificação de condutas anticompetitivas como infração por objeto ou pelos efeitos,⁸⁰ inclusive em processos em que se investigaram condutas de cartel.⁸¹

⁷⁶ WHISH, Richard; BAILEY, David. Op. cit., p. 115-139.

⁷⁷ MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit., p. 28-31.

⁷⁸ Resumidamente, o dilema dos padeiros consiste num acordo entre dois padeiros para fixar o preço do pãozinho. De acordo com Martinez, em uma jurisdição que adote a regra *per se*, o acordo será punido, ainda que reste clara a incapacidade de ele gerar, mesmo que potencialmente, efeitos anticompetitivos no mercado, uma vez que o único efeito esperado desse acordo seria a insignificante perda de clientela por apenas dois dos padeiros.

⁷⁹ Diante do citado dilema dos padeiros, sugere-se mencionar — ainda que não haja intenção de ser feito qualquer juízo de valor quanto ao mérito da condenação — que o CADE, em julgamento recente, condenou algumas panificadoras de Sobradinho/DF, no âmbito do Processo Administrativo n. 08012.004039/2001-68 (22ª Sessão Ordinária de Julgamento do CADE, realizada em 22 de maio de 2013).

⁸⁰ A discussão sobre a definição dos *standards* de ilicitude e do regime de distribuição do ônus probatório que devem circunscrever a incidência da regra da razão surgiu recentemente no CADE, no julgamento do Processo Administrativo n. 08012.001271/2001-44, no âmbito específico da conduta de imposição de preços mínimos de revenda, cuja Representada era a empresa SKF do Brasil Ltda.

⁸¹ Processo Administrativo n. 08012.010215/2007-96; Processo Administrativo n. 08012.004472/2000-12; Processo Administrativo n. 08012.001003/2000-41; Processo Administrativo n. 08012.011027/2006-02; e Processo Administrativo n. 08012.011668/2007-30.

Há, ainda, certos autores — por exemplo, Buccirosi⁸² — que entendem que, em certas circunstâncias, caracterizar o cartel clássico como infração *per se* pode não ser uma regra apropriada, ou melhor, pode ser uma regra imperfeita, já que é muito genérica (do inglês, “*overinclusive*”). Isto porque o acordo de fixação de preços, em algumas hipóteses, pode trazer efeitos externos positivos, fazendo com que empresas e os consumidores sejam beneficiados.

A dificuldade de se estabelecer uma classificação satisfatória reside no fato de que (i) considerando os gastos de recursos com persecuções custosas, em quaisquer das classificações mencionadas, exige-se da autoridade concorrencial a instauração de uma investigação, a qual, por si só, já implicaria gastos de recursos públicos, notadamente em vista de que quase todas as classificações mencionadas (exceto a regra *per se* aplicada em alguns casos pelo CADE) requerem uma análise convencional de mercado e/ou das provas apresentadas pelas partes sobre possíveis condições satisfatórias da conduta; (ii) considerando os gastos de recursos com persecuções irrelevantes, a regra *per se* conforme já aplicada pelo CADE seria a menos custosa, mas poderia condenar casos irrelevantes para fins concorrenciais; e (iii) não está translúcido que uma dessas classificações poderia significar, acima de qualquer dúvida razoável, uma análise mais eficiente em detrimento das outras.

De fato, as autoridades concorrenciais, como aplicadoras do direito, não têm o dever de saber quais dessas classificações são as mais satisfatórias, acima de qualquer dúvida razoável, pois essa tarefa cabe ao legislador, aos acadêmicos do direito e aos economistas. Por sua vez, à autoridade concorrencial judicante resta estabelecer regras e critérios claros e sistemáticos e: que sejam racionais, para a Administração, em termos de política de combate aos cartéis; que sejam dissuasórios, em termos de punição dos infratores; que atendam ao princípio da proporcionalidade; e que visem à maximização do bem-estar social.⁸³

De qualquer modo, para fins do recorte da pesquisa empírica a ser realizada no

⁸² BUCCIROSSI, Paolo. **The Enforcement of Imperfect Rules**, 2010. Disponível em: <http://www.learlab.com/pdf/lear_rp_1_10_1283338320.pdf>. Acesso em: 07 set. 2013. Referido autor cita, neste artigo, alguns autores com entendimentos similares ao dele.

⁸³ Cf. Entrevista do ex-Conselheiro Luis Fernando Schuartz em DUTRA, Pedro. Op. cit., p. 269-271.

capítulo 3, essa discussão será retomada adiante, a fim de complementar a análise do panorama institucional do CADE quanto à política de repressão a cartéis, em relação aos critérios de interpretação da lei, visando a uma decisão condenatória mais transparente e que possa contribuir para o desenvolvimento da política como um todo.

1.2 Convergência e amadurecimento jurídico-institucional da política antitruste

A existência das uniões internacionais é um fato tão importante, que constitui assunto de excepcional relevo na Conferência Econômica Internacional de 1927, promovida pela Liga das Nações, admitindo-se ali a possibilidade de uma regulamentação internacional por aquela entidade, que promoveu a publicação de estudos interessantíssimos a respeito.⁸⁴

Desde o início dos anos 1990 o termo “convergência” vem sendo foco de atenção do direito da concorrência, ainda que muita confusão permaneça sobre o que esse termo envolve. Com frequência ele vem sendo usado como o aumento, em termos gerais, de similaridade entre os sistemas de direito da concorrência, mas, certamente, o significado vai além disso. Gerber⁸⁵ conceituou o termo “convergência” como sendo o movimento de um estado de diferença para um estado de semelhança ou se referindo ao aumento das características compartilhadas pelos regimes do direito da concorrência e a redução de características não compartilhadas.

Pode-se dizer que a internacionalização da política antitruste é uma resposta da globalização do mercado. A internacionalização da política de concorrência, no entanto, é limitada, pois as estratégias de convergência não podem envolver todos os assuntos-chaves da lei de concorrência para mercados globais. Para Crane,⁸⁶ a harmonização do antitruste é uma utopia; para ele, certo grau de harmonização internacional pode ocorrer sem a criação de novas instituições antitruste, mas com a criação de instituições antitruste globais, e desde que seja determinado o espaço dessas instituições, ou seja, onde elas podem ou não ser necessárias.

⁸⁴ FERREIRA DE SOUZA, J. **União de empresas concorrentes**: espécies, liceidade, natureza jurídica. Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado (Biblioteca Wald. Ferreira). Rio de Janeiro, 1939, p. 41.

⁸⁵ GERBER, David J. **Global Competition**: Law, Markets, and Globalization. New York: Oxford University Press, 2010, p. 282.

⁸⁶ CRANE, Daniel A. **The Institutional Structure of Antitrust Enforcement**. New York: Oxford University Press, 2011, p. 229.

Além disso, definir os objetivos de harmonização dessa política não é uma tarefa fácil. As perspectivas gerais para convergência dependerão, em grande medida, do desenvolvimento de percepções similares da concorrência global e potenciais consequências de seu desenvolvimento. Essas percepções são formadas pela experiência nacional histórica de cada país, envolvendo questões culturais, políticas, econômicas, sociais,⁸⁷ as quais acabam por refletir nos diferentes sistemas antitruste.⁸⁸ Isso não significa que não poderá haver certa convergência da política de concorrência, mas sim o compartilhamento das “*best practices*” entre as diferentes jurisdições, a fim de que cada país possa aperfeiçoar seu sistema de concorrência, com base em experiências bem-sucedidas de outras jurisdições.

Há uma tendência notável das jurisdições de compartilharem suas “*best practices*”, notadamente por meio de organismos internacionais destinados a esse propósito, entre eles: a Rede Internacional de Concorrência (ICN), a European Competition Authorities (ECA), a European Competition Network (ECN), a European Free Trade Area (EFTA), o Mercosul, o Nordic Agreement on Competition Matters, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). Os detalhes dos países que compõem, bem como o objeto de alguns acordos multilaterais e trabalhos dessas organizações internacionais estão apresentados no Apêndice I. Quanto ao Brasil, este possui diversos acordos internacionais com diversos países, visando à cooperação e harmonização da política concorrencial.⁸⁹

Já se observa um alinhamento do CADE com as recomendações dos fóruns internacionais, à medida que o Decreto n. 7.738/2012⁹⁰ (que aprova a Estrutura Regimental

⁸⁷ Sobre os objetivos econômico, social e político do direito da concorrência, cf. DABBAH, Maher M. **The Internationalisation of Antitrust Policy**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2003, p. 52 et seq.

⁸⁸ Gerber apresentou alguns prováveis fatores sugeridos pela experiência e teoria, determinantes da convergência, entre eles: o grau de similaridade do interesse econômico percebido pelos estados (pressões econômicas e incentivos tendem a forjar a convergência); a proximidade geográfica pode encontrar interesses comuns baseados no compartilhamento de tradições ou compartilhamento de diretrizes econômicas; o compartilhamento de tradições jurídicas podem gerar convergência em algumas áreas do direito da concorrência, nomeadamente no que respeita aos procedimentos e instituições; os graus de interação e comunicação entre os estados tendem a se correlacionar com a convergência; e, finalmente, a distância entre os regimes, relacionada ao grau de desigualdade, também desempenhará um papel. (GERBER, David J. Op. cit., p. 289-290).

⁸⁹ Disponíveis no sítio do CADE: <www.cade.gov.br>.

⁹⁰ O Decreto n. 7.738/2012, em seu artigo 22, dispõe: “Ao Presidente do Tribunal compete: [...] XII - firmar, após autorização do Ministro de Estado da Justiça, tratados, acordos ou convênios de cooperação internacional com órgãos de defesa da concorrência de outros países, ou com entidades internacionais,

do CADE e altera o Decreto n. 6.061/2007 – Regimento Interno do Ministério da Justiça) e a Resolução CADE n. 1/2012 (que institui o Regimento Interno do CADE – RICADE, e regulamenta o Decreto n. 7.738/2012) estabelecem marco normativo inovador para a cooperação internacional desenvolvida pelo CADE. Aranovich⁹¹ destacou que as inovações trazidas pelo Decreto n. 7.738/2012 e pela Resolução CADE n. 1/2012 são:

[...] conquista substancial a propiciar o fortalecimento da eficiência e eficácia do poder dissuasório das ações dos órgãos antitruste, em especial no combate a cartéis internacionais, em cenário de tendência crescente da transnacionalidade do direito concorrencial e de presença de elementos de estraneidade em seus processos administrativos.

Verifica-se, ainda, um reconhecimento internacional progressivo do CADE. Esta autarquia assumiu a coordenação de um dos grupos de trabalho da ICN, sendo que o presidente em exercício do CADE, Vinícius Marques de Carvalho, foi indicado para ocupar o cargo de vice-presidente da ICN. O CADE se tornou, também, membro observador do Comitê de Concorrência da OCDE, com direito a voz nas discussões. Além disso, a revista britânica *Global Competition Review* (GCR) classificou o SBDC, em 2010, com três estrelas e meia, das cinco possíveis no ranking que a publicação elabora. A publicação citou como destaque positivo para a autoridade antitruste brasileira o elevado

objetivando a cooperação mútua e o intercâmbio de informações em matéria de defesa da concorrência; XIII - exercer a função de *autoridade central* para tramitação de pedidos ativos e passivos de cooperação jurídica internacional em matéria de defesa da concorrência, sem prejuízo das atribuições regimentais do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça, e demais atribuições previstas em outros tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte; XIV - executar e obter a cooperação mútua e o intercâmbio de informações com órgãos de defesa da concorrência de outros países, ou com entidades internacionais, em matéria de defesa da concorrência, na forma estabelecida nos tratados, acordos ou convênios referidos no inciso XII do caput, e, na ausência destes, com base em reciprocidade.” Grifou-se. O Regimento Interno do Cade dispõe em seu artigo 11: “Compete ao Presidente do Tribunal: [...] XIX - executar e obter a cooperação mútua e o intercâmbio de informações com órgãos de defesa da concorrência de outros países, ou com entidades internacionais, nas atividades relacionadas à proteção da livre concorrência, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, e, na ausência destes, com base na reciprocidade; [...] §1º O disposto no inc. XIX pode-se aplicar às informações submetidas a sigilo, na forma da lei, desde que seja garantido o tratamento equivalente a tais informações pelo respectivo órgão ou entidade no exterior, bem como o uso conforme as demais condições estabelecidas pelo Presidente do Tribunal. §2º As informações submetidas a sigilo somente poderão ser tornadas públicas ou fornecidas a terceiros pelo respectivo órgão ou entidade no exterior quando houver autorização expressa do Cade nesse sentido. §3º O Cade poderá se recusar a cooperar com órgãos de defesa da concorrência de outros países, ou com entidades internacionais, nos termos estabelecidos no inc. XIX deste artigo, sempre que houver interesse público a ser resguardado.” Grifou-se. O artigo 149 do Regimento Interno do Cade determina que “A notificação inicial do representado conterá o inteiro teor da decisão de instauração do processo administrativo, da nota técnica acolhida pela decisão e da representação, se for o caso, e será feita por uma das seguintes formas: [...] III - por mecanismos de cooperação internacional.” Grifos do decreto.

⁹¹ ARANOVICH, Tatiana C. Inovações na cooperação jurídica internacional para o CADE. **Revista de Defesa da Concorrência**, n. 1, p. 124-148, maio 2013, p. 145.

número de operações de busca e apreensão na sede de empresas investigadas ao longo dos últimos anos, bem como as condenações de cartéis com a aplicação de multas elevadas. Em 2011, a GCR manteve a mesma classificação de três estrelas e meia. No ano seguinte, a atuação do CADE conquistou quatro estrelas no ranking da revista, o que fez com que o CADE ocupasse a categoria das agências “muito boas” do mundo — abaixo somente dos órgãos dos Estados Unidos, União Europeia, França, Alemanha, Reino Unido e Japão. A revista britânica considerou que, em 2012, o CADE atendeu às expectativas na transição para a Lei n. 12.529/2011.⁹²

Para que a convergência seja um pré-requisito da internacionalização do direito antitruste, incluindo a criação de um código internacional antitruste, Dabbah⁹³ entende que isso dependerá de algumas vantagens e desvantagens associadas à convergência. Dentre as vantagens da convergência, referido autor destacou: estimular a soberania e considerações relacionadas;⁹⁴ auxiliar os países sem lei antitruste a desenvolvê-la; auxiliar as empresas que operam em mercados internacionais e lidam com sistemas antitruste que são diferentes na substância da lei e no uso dos procedimentos; remover obstáculos ao acesso ao mercado. Em relação às desvantagens da convergência, referido autor destacou: (i) o longo processo inerente à convergência, visto que países não compartilham tradições antitruste comuns; (ii) os diferentes objetivos das leis antitruste, i.e., objetivos econômicos, políticos ou sociais; e (iii) a clara definição do conceito de “concorrência” para cada país.

Ademais, Mateus⁹⁵ entende que a política de concorrência está diretamente relacionada ao crescimento dos países desenvolvidos, já que a competição aumenta os níveis de produtividade e a taxa de crescimento da produtividade. Assim, frisou a importância de os regimes de concorrência estarem alinhados ao grau de desenvolvimento de seus respectivos países e, no que for possível, às melhores práticas, frisando, também, a necessidade de regras de concorrência claras e bem-formuladas, contribuindo com o

⁹² Cf. Publicação oficial do CADE: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?ce6fb17e828080da69eb42>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

⁹³ DABBAH, Maher M. Op. cit., p. 280-283.

⁹⁴ Nesse caso, o autor defendeu que a convergência internacional da política de concorrência é preferível à criação de um sistema antitruste internacional com instituições autônomas ou um código antitruste internacional. Isto porque dificilmente seria ameaçada a soberania dos países e as prerrogativas de atuação das diferentes autoridades antitruste nacionais.

⁹⁵ MATEUS, Abel M. Competition and Development: Towards an Institutional Foundation for Competition Enforcement. **World Competition**, v. 33, n. 2, 2010, p. 275-300.

desenvolvimento institucional das autoridades. Segundo Mateus:

A teoria do formato das regras de concorrência ótima ainda é muito pouco desenvolvida, quando comparada com as políticas de regulação, fiscais ou monetárias. Este é o resultado da multivariada característica da maioria dos problemas da política de concorrência. Por exemplo, o problema das estratégias de coordenação (cartéis) é fundamentalmente diferente dos problemas envolvendo práticas de exclusão (abusos de posição dominante). No entanto, podemos levantar a barreira de abstração e considerar que todas as decisões do direito da concorrência são tomadas em um mundo de incerteza e de informações assimétricas e aplicar a teoria da decisão. Apesar de todas as decisões envolverem casos individuais, uma abordagem baseada em regras é preferível. Isso se alinha às ideias gerais da teoria da política econômica sobre a superioridade de políticas baseadas em regras, em vez de em decisões discricionárias.⁹⁶

Aqui cabe um parêntesis para o fato de que decisões antitruste, em geral, estão naturalmente sujeitas a erros tipo 1 — os falsos positivos (do inglês, *false positives*) — ou tipo 2 — os falsos negativos (do inglês, *false negatives*).⁹⁷ Assim, considerando que tais decisões são decisões sob condições de incerteza⁹⁸ (muitas vezes baseadas na potencialidade de eventos futuros, que são incertos e contingentes diante da pluralidade de escolhas possíveis para dada finalidade), a discricionariedade das autoridades

⁹⁶ Tradução livre do original: “*The theory of the design of optimal competition rules is still largely undeveloped, when compared with regulation, fiscal, or monetary policies. This is the result of the multivariate characteristic of most competition policy problems. For example, the problem of coordinating strategies (cartels) is fundamentally different from the one of exclusionary practices (abuses of dominance). However, we could raise the bar of abstraction and consider that all competition law decisions are taken in a world of uncertainty and asymmetric information and apply decision theory. Although all decisions are about individual cases, a rule-based approach is preferable. This is in line with general insights from the theory of economic policy concerning the superiority of policies based upon rules rather than on discretionary decisions.*” (MATEUS, Abel M. Op. cit., p. 288).

⁹⁷ Whish e Bailey tratam dos erros tipo 1 e tipo 2 como sendo, respectivamente, os falsos positivos (do inglês: *false positives*) ou falsos negativos (do inglês: *false negatives*). “A false positive occurs where a competition authority incorrectly concludes that pro-competitive behavior is abusive: a harm to the firm(s) found guilty, and also to consumers, since the pro-competitive behavior will be prohibited. The problem here is that the law is over-inclusive. A false negative occurs where a competition authority incorrectly concludes that anticompetitive behavior is not illegal and therefore permits it: a harm to consumers. Here the law is under-inclusive.” Grifos do autor. Em tradução livre: “Um falso positivo ocorre quando uma autoridade de concorrência incorretamente conclui que comportamento pro-competitivo é abusivo: um dano para empresa(s) consideradas culpadas, e também para consumidores, uma vez que o comportamento pro-competitivo será proibido. O problema aqui é que a lei tem uma excessiva inclusão. Um falso negativo ocorre quando a autoridade de concorrência concluir erroneamente que o comportamento anticompetitivo não é ilícito e, consequentemente, o permite: um prejuízo aos consumidores. Aqui a lei tem uma sub inclusão.” (WHISH, Richard; BAILEY, David. Op. cit., p. 193)

⁹⁸ Sobre a tomada de decisões sob condições de incerteza, cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na sociedade complexa**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2011; CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; SCHUARTZ, Luis Fernando. Quando o bom é o melhor amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a política da concorrência. **Revista de Direito Administrativo**, v. 1, p. 96-127, 2007.

concorrenciais se torna uma questão de grau, devendo ser ordenada e justificada por meio de regras que possam limitá-la, para que a decisão não seja baseada puramente na vontade do julgador. Daí a necessidade de que as autoridades concorrenciais disponham de regras claras e bem-definidas.

Atualmente, nota-se certa harmonização em relação ao estabelecimento de algumas interpretações de aplicabilidade de regras antitruste entre as jurisdições internacionais. Por exemplo, a política de combate a cartéis tem tido tratamento diferenciado em relação aos acordos verticais e ao controle de estruturas por algumas jurisdições. Isto porque, conforme já visto, os cartéis são considerados ilícitos *per se* por muitas jurisdições, em razão das ineficiências e da redução do bem-estar social deles presumidas.⁹⁹ Outras condutas anticompetitivas e operações de concentração são analisadas no Brasil, e em algumas jurisdições, pela regra da razão, não havendo presunção *per se* de ineficiências, como nos casos de cartéis, para que não se restrinja a liberdade dos agentes econômicos de estabelecerem suas políticas e arranjos comerciais.¹⁰⁰ Alinhando-se a essa interpretação, Carvalho, Martins e Fontana afirmam que: “[...] quando se analisam condutas anticompetitivas, é possível que os efeitos da prática já tenham ocorrido no mercado, não sendo razoável supor que a análise prognóstica utilizada em atos de concentração seja a mais adequada. Tal questão é conhecida como falácia do celofane.”¹⁰¹

⁹⁹ Nesse caso, ressalvadas as observações feitas na subseção 1.2 deste capítulo, envolvendo os tipos de regra *per se*.

¹⁰⁰ Em interessante artigo de Buccirossi et al. investigou-se, empiricamente, a efetividade da política antitruste pelas estimativas de seus impactos no Fator Total de Produtividade no Crescimento (TFP), para 22 indústrias, em 12 países da OCDE, no período de 1995-2005. Referido estudo induz ao raciocínio de que o risco existente na tomada de decisões no âmbito do controle de condutas, especialmente os cartéis, pode ser muito menor que aquele existente na tomada de decisões em operações de concentração, sendo, portanto, as primeiras mais prováveis de colaborar com o crescimento do país. O que se pode inferir desse raciocínio é que o juízo de valor da autoridade concorrencial no âmbito do controle de condutas é prescindido por um conjunto de provas concretas sobre atos pretéritos, enquanto as decisões tomadas no âmbito do controle de estruturas irão ponderar potenciais custos e benefícios decorrentes da concentração, i.e., dependem da potencialidade de eventos futuros que uma operação de concentração pode trazer ao mercado. Porém, o futuro é incerto e contingente diante da pluralidade de escolhas possíveis para dada finalidade, o que se pressupõe que os riscos embutidos em decisões baseadas no futuro são maiores. (BUCCIROSSI, Paolo et al. **Competition Policy and Productivity Growth: an Empirical Assessment**, 2009. Disponível em: <<http://bibliothek.wzb.eu/pdf/2009/ii09-12.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2013).

¹⁰¹ Esta falácia diz respeito à crítica a uma decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.* (CARVALHO, Vinícius Marques; MARTINS, Amanda A. L.; FONTANA, Bernardo B. Cartéis internacionais e defesa da concorrência no Brasil. **Revista do IBRAC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, n. 20, p.148-173, jul./dez. 2011, p. 159).

Finalmente, Crane¹⁰² diz que a harmonização internacional do antitruste se baseia em três frentes: material, procedimental e institucional. Em última instância, um regime antitruste internacional satisfatório requer certa uniformidade dessas três frentes, embora o desenvolvimento sequencial seja possível. No capítulo 3, estas três frentes auxiliarão os critérios de análise da jurisprudência do CADE.

1.2.1 A política de combate a cartéis em âmbito internacional

Especificamente quanto à convergência da política de concorrência relacionada aos cartéis, verifica-se que economias predominantemente concentradas, como o continente europeu e o Japão antes da Segunda Guerra Mundial, consideravam os cartéis como instituições importantes para o desenvolvimento de suas economias, sendo que muitos países encorajavam esse comportamento concertado. Ferreira de Souza¹⁰³ sustentou que “durante a guerra de 1914 a 1918, os governos tomaram a iniciativa de promover tais organizações, como elemento de rara utilidade na economia bélica”.¹⁰⁴

Após a Segunda Guerra, esse comportamento mudou, pois os Estados Unidos entenderam que a estrutura concentrada da Alemanha e do Japão foi um dos principais fatores para a ocorrência da guerra, sendo um obstáculo para o relançamento do comércio internacional. Uma vez vencedor ocidental da guerra, os norte-americanos impuseram à Alemanha e ao Japão a adoção de leis antitruste baseadas em seu próprio modelo.¹⁰⁵

No Brasil, observou-se, de certa forma, um encorajamento do cartel nacional desde o início do século XX. O extinto Conselho Interministerial de Preços – CIP, instituído em 1968, com atribuição de fixar e fazer executar as medidas destinadas à implementação da sistemática reguladora de preços, juntamente com a Superintendência Nacional de Abastecimento (SUNAB), incentivavam a frequente troca de informações comercialmente

¹⁰² CRANE, Daniel A. Op. cit., p. 240

¹⁰³ FERREIRA DE SOUZA, J. Op. cit., p. 39.

¹⁰⁴ De acordo com Ferreira de Souza: “Eles também constituem baluartes de defesa da economia nacional, contra os ataques da competição estrangeira nos próprios mercados nacionais e nos internacionais, oferecendo uma frente mais compacta, mais forte contra o *dumping* ou qualquer outro expediente desleal, do mesmo passo que também facilitam o *dumping* dos produtos nacionais como *ultima ratio* para a segurança dos produtores.” (*ipsis litteris*) (FERREIRA DE SOUZA, J. Op. cit. p. 39).

¹⁰⁵ CAMPOS, Marcos Vinícius. **Concorrência, cooperação e desenvolvimento**: do falso dilema entre competição ou cooperação ao conceito de concorrência cooperativa. São Paulo: Singular. 2008, p. 297.

sensíveis entre concorrentes.¹⁰⁶

A aplicação de leis antitruste à dimensão global é de certa forma recente, pois, antes da Segunda Guerra Mundial, somente os Estados Unidos tinham uma lei antitruste e possuíam processos pouco relevantes até metade dos anos 1940. Na metade dos anos 1960, pelo menos duas dezenas de países aplicavam lei antitruste e desempenharam sérios esforços para controlar práticas restritivas. Até 1996, cerca de 70 países tinham adotado lei de concorrência.¹⁰⁷ No Brasil, a lei efetivamente aplicada foi a Lei n. 8.884, promulgada em 1994, que foi substituída pela lei vigente, i.e., Lei n. 12.529/2011. Outras leis antecederam a Lei n. 8.884/1994, mas essas tentativas foram mal sucedidas, conforme será visto adiante.

De modo geral, as práticas colusivas de preços e quotas de produção são antigas, mas a política de repressão a cartéis, notadamente os cartéis internacionais, é um fenômeno recente na história. De 1943 a 1949, o Departamento de Justiça (DOJ) dos Estados Unidos processou dezenas de cartéis internacionais e condenou quase todos como infrações criminais. De 1950 a 1995, embora o DOJ tenha descoberto poucos casos envolvendo cartéis internacionais, o que explica os poucos casos levados a julgamento, verificou-se que estes resultaram em perdas vultosas.¹⁰⁸ De 1980 a 1994, o DOJ descobriu apenas quatro casos envolvendo cartel internacional.¹⁰⁹

As autoridades de concorrência do Canadá, Europa e Estados Unidos implementaram novas políticas e procedimentos nos anos 1990, os quais aumentaram significativamente a probabilidade de detecção e a severidade das penas aplicadas a cartéis internacionais, em comparação com as décadas anteriores. Essas autoridades realocaram recursos para a investigação desses cartéis, aumentaram a coordenação cruzada entre autoridades, adotaram mais efetivamente o programa de leniência e leniência *plus*, impuseram elevadas penas às empresas e, algumas jurisdições, aplicaram penas criminais

¹⁰⁶ No julgamento do denominado “Cartel do Aço” (Processo Administrativo n. 08000.015337/1997-48), a decisão do CADE aplicou a multa mínima, uma vez que entendeu que aquela conduta era resquício do controle de preços exercido pelo CIP.

¹⁰⁷ CONNOR, John M. *Global Antitrust Prosecutions...* Op. cit., p. 241-242.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 239-267.

¹⁰⁹ GALLO, Joseph C. et al. *Department of Justice Antitrust Enforcement: 1955-1997: an Empirical Study. Review of Industrial Organization*, n. 17, p. 75-133, 2000.

aos indivíduos.¹¹⁰ O Brasil, somente a partir de 2003, conforme será detalhado na seção 1.3, passou a se alinhar a estas autoridades, na medida em que também implementou ferramentas sofisticadas na investigação dos cartéis, como a criação do programa de leniência.

Em 1998, a OCDE publicou recomendações e “*best practices*”, visando combater cartéis *hardcore*.¹¹¹ Neste documento, a OCDE recomendou que, para que os países membros garantissem que suas leis de concorrência efetivamente cessem e detenham os cartéis clássicos, devem determinar:

a) sanções efetivas, do tipo e do nível adequado para dissuadir empresas e indivíduos de participar do cartel; e b) a aplicação de procedimentos e ferramentas com poder adequado para detectar e punir cartéis clássicos, incluindo poderes para obtenção de documentos e informações e para impor penas pelo descumprimento.¹¹²

Além disso, ressaltou que a cooperação entre os países membros em lidar com cartéis clássicos deveria levar em conta os seguintes princípios:

a) o interesse comum na prevenção de cartéis clássicos geralmente garante a cooperação na medida em que tal cooperação seria consistente com as leis do país requerido, regulamentos e interesses importantes, b) na medida compatível com suas próprias leis, regulamentos e interesses importantes, e sujeitos a medidas eficazes para proteger as informações comercialmente sensíveis e confidenciais, o interesse mútuo dos países membros na prevenção do cartel clássico garante a cooperação, o que pode incluir o compartilhamento de documentos e informações em sua posse com autoridades da concorrência estrangeira e coleta de documentos e informações em nome das autoridades da concorrência estrangeira voluntariamente e, quando necessário, por meio de utilização de processo obrigatório, c) um país membro pode se recusar a cumprir um pedido de assistência, ou limite ou condição de sua cooperação alegando que considera que o cumprimento do pedido não está em conformidade com suas leis e regulamentos ou é incompatível com os seus interesses importantes ou por qualquer outra razão, incluindo restrições de recursos de sua autoridade da concorrência ou a ausência de um interesse mútuo no âmbito do inquérito ou processo em questão; d) os

¹¹⁰ CONNOR, John M. Global Antitrust Prosecutions... Op. cit., p. 242-243

¹¹¹ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Recommendations & Best Practices**. Op. cit.

¹¹² Tradução livre do original: “(a) *effective sanctions, of a kind and at a level adequate to deter firms and individuals from participating in such cartels; and b) enforcement procedures and institutions with powers adequate to detect and remedy hard core cartels, including powers to obtain documents and information and to impose penalties for non-compliance.*”

países membros devem concordar em participar de consultas sobre questões relacionadas com a cooperação.¹¹³

De acordo com o guia de melhores práticas de combate a cartéis da Rede Internacional de Concorrência (ICN),¹¹⁴ a cooperação internacional entre as autoridades de concorrência pode ocorrer em todas as fases do processo investigativo e persecutório, ou seja, na fase prévia à investigação; na fase da efetiva investigação; e na fase posterior à investigação. Ainda, a troca de informações é o aspecto chave da cooperação; os tipos de informações que podem ser intercambiadas se subdividem em quatro categorias, a saber: informações públicas; informações da agência/órgão; informações das partes envolvidas em domínio da agência investigadora; e informações das partes obtidas por outra agência.¹¹⁵ A ICN apontou também alguns problemas relacionados à cooperação entre órgãos antitruste em casos de cartel, entre eles: complexidade e duração de certos processos de cooperação; ausência de renúncia à confidencialidade; o uso de alguns tipos de instrumentos de cooperação não está aberto para todos os órgãos; barreiras relacionadas à “confidencialidade de informações”; limitação quanto à admissibilidade como prova das informações trocadas; risco da integridade da investigação da jurisdição receptora; e obstáculos à troca de “informações do órgão”.

¹¹³ Tradução livre do original: “a) the common interest in preventing hard core cartels generally warrants co-operation to the extent that such co-operation would be consistent with a requested country’s laws, regulations, and important interests; b) to the extent consistent with their own laws, regulations, and important interests, and subject to effective safeguards to protect commercially sensitive and other confidential information, Member countries’ mutual interest in preventing hard core warrants co-operation that might include sharing documents and information in their possession with foreign competition authorities and gathering documents and information on behalf of foreign competition authorities on a voluntary basis and when necessary through use of compulsory process; c) a Member country may decline to comply with a request for assistance, or limit or condition its co-operation on the ground that it considers compliance with the request to be not in accordance with its laws or regulations or to be inconsistent with its important interests or on any other grounds, including its competition authority’s resource constraints or the absence of a mutual interest in the investigation or proceeding in question; d) Member countries should agree to engage in consultations over issues relating to cooperation.”

¹¹⁴ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **Co-operation Between Competition Agencies in Cartel Investigations**. Report to the ICN Annual Conference, Moscou, maio, 2007. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2007. Disponível em: <http://en.fas.gov.ru/netcat_files/Analitical%20materials/MKS/Report%20on%20Co-operation%20between%20competition%20agencies%20in%20cartel%20investigations.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2013.

¹¹⁵ Foi mencionada experiência do CADE, no âmbito da Lei n. 12.529/2011, envolvendo cooperação internacional com a Comissão Europeia na análise do Ato de Concentração n. 08700.006437/2012-13. De acordo com o voto do Conselheiro Relator, Alessandro Octaviani Luis, houve troca de informações entre as jurisdições e sincronização das etapas da investigação, tudo amparado por um “Termo de Renúncia à Confidencialidade” assinado pelas Requerentes. O Relator afirmou em seu voto que “a importância da cooperação entre as autoridades de defesa da concorrência em um mundo no qual as soberanias política e econômica estão ancoradas nos Estados nacionais ou nos blocos econômicos, mas os desafios podem colocar-se, complexamente, a mais de uma jurisdição simultaneamente.” (p. 3 do voto).

A importância da cooperação internacional se mostra presente, especialmente, nas investigações de cartéis internacionais, os quais, de acordo com alguns estudos estatísticos, têm sobrepreços maiores que os estimados para os cartéis nacionais.¹¹⁶

No já mencionado artigo de Levenstein e Suslow,¹¹⁷ verificou-se que cartéis internacionais têm um reflexo negativo nos países em desenvolvimento, à medida que afetam de forma significativa a balança comercial desses países. O cartel internacional pode causar impacto negativo não só ao consumidor como também aos produtores nacionais, à medida que o produto passa a fazer parte de outro mercado relevante ou quando o produto for um insumo usado na cadeia produtiva, implicando aumento de preço no produto final; conseqüentemente, este produto será menos competitivo em relação ao produto importado de um país que não sofre impacto do cartel internacional. A pesquisa empírica realizada no artigo citado¹¹⁸ teve dificuldades em estimar o exato impacto no comércio dos países em desenvolvimento, pelo fato de os cartéis operarem de forma secreta e as informações não estarem disponíveis integralmente às autoridades desses países. Portanto, a pesquisa se baseou em dados de importações, a partir de informações obtidas nas investigações realizadas pelas autoridades dos Estados Unidos e da União Europeia.

O artigo citado ressalta, ainda, a importância — em termos dissuasórios do combate a cartéis internacionais — da cooperação dos países em desenvolvimento com jurisdições desenvolvidas, visando a um compartilhamento de informações que possam auxiliar nas investigações de cada jurisdição afetada pelo cartel. Clake e Evenett¹¹⁹ dizem que essa cooperação resulta na denominada “dissuasão internacional”.

Ainda no que tange aos países em desenvolvimento, há preocupações sobre a ausência ou precariedade de políticas de defesa da concorrência nesses países, uma vez que esse fato pode trazer prejuízos para as políticas adotadas em países desenvolvidos, principalmente quando se tratar de política de combate a cartéis internacionais, em que a falta de punibilidade em países com legislações antitruste precárias, ou inexistentes, podem

¹¹⁶ BOLOTOVA, Yuliya V. Op. cit.

¹¹⁷ LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. Contemporary International Cartels... Op. cit.

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ CLARKE, Julian L.; EVENETT, Simon J. The Deterrent Effects of National Anticartel Laws: Evidence from the International Vitamins Cartel. **The Antitrust Bulletin**, inverno 2003, p. 689-726.

estar previstas como parte do “*business*” dos agentes econômicos praticantes de cartel, compensando a estes agentes correr o risco com a prática, ainda que sejam condenados nos países desenvolvidos, em vista dos ganhos esperados com a estratégia internacional, já que em países em desenvolvimento a punição será inexistente ou com valores reduzidos. Essa preocupação foi vislumbrada no conhecido “Cartel da Lisina”, que foi um cartel internacional investigado nos Estados Unidos, Canadá, México, Europa e Brasil.¹²⁰ De acordo com Connor,¹²¹ esse cartel foi importante por quatro razões:

1. Representou a primeira bem-sucedida ação do governo dos EUA em cartéis internacionais;
2. Representou a primeira mudança radical no *enforcement* da autoridade antitruste norte-americana. A partir de então, a punição de cartel se tornou a alta prioridade do DOJ, o qual passou a despende 30% de seus recursos na investigação de fixação de preços em âmbito criminal;
3. O governo empregou técnicas e ferramentas sofisticadas para investigação desse cartel, como aquelas empregadas em investigações de cartéis de drogas e outros crimes organizados — houve cooperação da polícia, etc.; e
4. A investigação desse cartel demonstrou que, embora as penas aplicadas tenham sido elevadas, elas podem não ser suficientes e não surtir efeitos dissuasórios esperados, uma vez que a impunibilidade dos países com legislações antitruste precárias podem inibir o sucesso da política dos países desenvolvidos, não evitando a ocorrência da reincidência.

Em Conferência Internacional da ICN realizada no Brasil,¹²² Scott D. Hammond, do Departamento de Justiça norte-americano, manifestou preocupação acerca da dissuasão internacional, principalmente em relação ao impacto que os países em desenvolvimento podem trazer para a política antitruste dos países desenvolvidos e, por conseguinte, à política concorrencial como um todo. Alinhado a essas preocupações, Hammond lançou as seguintes perguntas:

¹²⁰ No Brasil, o Cartel da Lisina acabou sendo arquivado, em razão da incidência da prescrição intercorrente.

¹²¹ CONNOR, John M. **Global Cartels Redux: The Amino Acid Lysine Antitrust Litigation**. 21 maio 1996. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1408070>. Acesso em 23 nov. 2013.

¹²² A referida conferência se realizou na cidade do Rio de Janeiro, de 17 a 20 de abril de 2012.

1. Existe um único sobrepreço em uma conspiração internacional?
2. O dano aos negócios dos EUA e aos consumidores é independente do dano causado no exterior?
3. A sanção imposta no exterior levou/levará em consideração o dano causado aos negócios dos EUA e aos consumidores?
4. A sentença imposta no exterior será satisfatória para os interesses de dissuasão nos EUA?¹²³

Carvalho, Martins e Fontana,¹²⁴ referindo-se à política pública de concorrência de países em desenvolvimento como o Brasil e aos desafios impostos a cada momento histórico desta nação, afirmaram: “O objetivo é, portanto, criar instituições que consigam aprender a identificar e mitigar obstáculos diversos ao crescimento. Ao invés de buscar instituições públicas perfeitas, o processo busca promover a autocorreção das mesmas.”

Diante dessas preocupações e levando em conta que a inter-relação entre as jurisdições é necessária para o aprimoramento da dissuasão internacional da política de combate a cartéis, a análise a ser realizada no capítulo 3 observará se o CADE considera, quando formula as penas impostas a cartéis, a estratégia internacional planejada pelos membros de cartéis internacionais e a punição eventualmente aplicada por outra jurisdição. Ainda, será observado de que forma essas variáveis poderão influenciar o grau de punição.

A interação entre as autoridades de concorrência em âmbito internacional possui relevância tanto para que haja troca de experiências bem-sucedidas quanto para a evolução da política material, procedimental e institucional¹²⁵ de combate a cartéis, inclusive em âmbito internacional. Todavia, as autoridades brasileiras devem ter cautela ao adequar essas experiências ao sistema jurídico, econômico e político vigente no Brasil, para que não haja conflitos e, também, para que não sejam emprestadas experiências inadequadas e inaplicáveis à realidade do país e do ordenamento jurídico pátrio.

1.3 Breve histórico da repressão a cartéis no Brasil

¹²³ Tradução livre do original: “1. Is there a single overcharging international conspiracy?; 2. Is the harm US business and consumers independent of the harm caused abroad?; 3. Did/Will the sanction imposed abroad take into account the harm caused to US business and consumers?; 4. Will the sentence imposed abroad satisfy the deterrence interest in the US?”

¹²⁴ CARVALHO, Vinícius Marques; MARTINS, Amanda A. L.; FONTANA, Bernardo B. Op. cit., p. 157.

¹²⁵ Conforme os termos utilizados por Crane (CRANE, Daniel A. Op. cit.).

O problema precisa ser debatido e a lei conhecida para ser melhor aplicada. O órgão executor o CADE, precisa ser prestigiado pelas autoridades e estimulado pelo povo na sua grandiosa tarefa de enfrentar os poderosos. Mas tudo isso, só se pode conseguir divulgando, ora a experiência de outros países, ora os fatos que antecederam a elaboração da lei, ora o texto da própria lei [...].¹²⁶

O liberalismo econômico nunca chegou a ser a teoria dominante no Brasil, pois sempre predominaram o mercantilismo ibérico e o neomercantilismo. Estas teorias tiveram raízes nos tempos coloniais, revivendo sob o protecionismo do fim do século XIX e durante o século XX.¹²⁷ A Constituição do Império e a Constituição Republicana de 1891 não abordaram a matéria concorrencial. Sampaio Ferraz¹²⁸ afirmou que “a concorrência, por ser um fato econômico de regras próprias, era, naquele tempo, um jogo que dispensava a disciplina jurídica, a qual só podia exercer-se externamente, jamais quanto à estrutura do jogo”.

O mercado colonial brasileiro, grosso modo, tinha traços de um mercado restrito, baseado em uma frágil divisão social do trabalho e precária circulação de mercadorias, verificando-se práticas monopolistas, especulativas e a usura, traços estes atinentes ao denominado mercado pré-capitalista. As fortes variações conjunturais do mercado colonial reforçam o caráter especulativo de seu então empresariado e acentuam o monopólio. A estrutura econômico-social do mercado colonial era marcada pela desigualdade, liderada por uma elite mercantil — que concentrava um grande volume de negócios em suas mãos —, a qual, mesmo exercendo práticas especulativas, possuía uma posição mais estável nos segmentos em que atuava, empreendendo ações monopolistas. Os monopólios existentes em cada segmento do mercado não geraram uma variedade de elites mercantis, ou seja, uma multiplicidade de grupos monopolistas setoriais; pelo contrário, verificava-se uma única elite que possuía posição de grosso trato nesses setores.¹²⁹

¹²⁶ Trecho do Prefácio de Sérgio de Magalhães em MAGALHÃES, Paulo Germano. **A nova liberdade: combate aos trustes e cartéis**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1965, p. 11.

¹²⁷ (BAPTISTA, Luiz Olavo. *Origens do Direito da concorrência*. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). **Comércio internacional e tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 535-557, p. 539.

¹²⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. A Constituição Republicana de 1891. **Revista da USP**. São Paulo, v. 3, set./nov., 1989, p. 169.

¹²⁹ FRAGOSO, João L. R. **Homens de grossa aventura: acumulação e hierarquia na praça mercantil do Rio de Janeiro (1790-1830)**. 2. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998, p. 185-187. A obra de Fragozo teve por objeto apresentar as formas de acumulação que perpassaram a economia escravista-colonial na virada do século XVIII para o XIX, tomou-se por base o funcionamento da praça do Rio de Janeiro, isto é, de seu mercado e de suas formas de produção.

No início do século XX, embora muitos países já estivessem atentos às práticas concertadas, o Brasil mantinha neutralidade quanto às associações entre empresas, ainda que o mercado estivesse sob o jugo do princípio da livre concorrência. Até a década de 1930, não foi editada nenhuma lei coibindo os cartéis; pelo contrário, o governo promovia cartéis por meio de entidades paraestatais, sindicatos, cooperativas ou convênios — por exemplo: o Instituto de Açúcar e Alcool; o Instituto do Cacau; os sindicatos da banha e do xarque no Rio Grande do Sul; o convênio de fretes entre as companhias de navegação, a contadoria ferroviária, etc. Houve também cartéis voluntários, sob proteção governamental, como o do Banco do Brasil e o do açúcar (de 1927 a 1929). Além disso, verifica-se a existência de alguns cartéis secretos,¹³⁰ ou por meio de sindicatos, como: o da construção; o dos importadores de vidros, o dos comerciantes de couros, o das casas de artigos dentários, etc. Cartéis internacionais também existiram, sobretudo no comércio de artigos das indústrias pesadas e elétricas.¹³¹

Em 18 de novembro de 1938, foi editado o Decreto-Lei n. 869, por Nelson Hungria. Para Ferreira de Souza,¹³² este Decreto-Lei cessou a neutralidade legislativa brasileira sobre os cartéis ao definir os crimes contra a economia popular. Porém, nenhum combate direto se estabeleceu, foram condenados somente aqueles considerados abusivos, a partir do manifesto público dos consumidores. Referido Decreto-Lei dispunha:

Art. 2º São crimes dessa natureza:

[...]

III – promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio.

Shieber,¹³³ examinando a jurisprudência e a doutrina, verificou que só em um caso os dispositivos deste decreto-lei foram executados, isto é, por meio de um parecer do Consultor-Geral da República, Aníbal Freire, ao responder uma consulta da Standard Oil Company of Brazil, opinando que algumas cláusulas do contrato celebrado por esta empresa com proprietários de postos de gasolina eram ilícitas. Referido parecer foi

¹³⁰ Por sua própria natureza, esses cartéis devem ser secretos.

¹³¹ FERREIRA DE SOUZA, J. Op. cit.

¹³² Ibidem, p. 115-116.

¹³³ SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do poder econômico**: Direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 6.

aprovado pelo Presidente Getúlio Vargas.

Importante contextualizar esse período da história, conhecido por “Era Vargas” (1930 a 1945), em que predominava o discurso nacionalista de proteção do capital e do mercado brasileiro contra o ataque de cartéis e o abuso de poder econômico internacional. Sobre a “Era Vargas”, Aguillar e Coutinho¹³⁴ expressaram que o direito foi instrumentalizado para promover a modernização e o fortalecimento do Estado e de suas instituições, por meio da utilização de ferramentas como o planejamento, o protecionismo tarifário, o controle e o tabelamento de preços, a criação de empresas estatais monopolistas e de conselhos setoriais regulamentares, o uso de estímulos financeiros, linhas de crédito e subvenções públicas.

Antes do mencionado Decreto-Lei n. 869/1938, a Constituição de 1934, em seu artigo 117, foi a primeira a estabelecer regras atinentes à proteção da economia popular, prevendo que: “A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização das empresas de seguros, em todas as modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que operavam no país.”

A Constituição de 1937, por sua vez, reforçou, em seu artigo 141, a orientação dada pelo Decreto-Lei n. 869/1938 no que tange aos crimes contra a economia popular: “A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processo e julgamento adequados à sua pronta e segura punição.” Vaz¹³⁵ salientou que Constituição de 1937 avançou em severidade, diante da instituição de “penas graves” para os delitos que a lei ordinária tipificasse como crimes contra a economia popular.

Em 1945, Agamemnon Magalhães, Ministro da Justiça, incentivou o Decreto-Lei n. 7.666, de 22 de junho de 1945, conhecido como “Lei Malaia”. Referido Decreto-Lei definiu abusos do poder econômico e estabeleceu um órgão especializado para cuidar desta lei, denominado como Comissão Administrativa de Defesa Econômica, também sob a sigla

¹³⁴ AGUILLAR, Fernando H.; COUTINHO, Diogo R. A evolução da legislação antitruste no Brasil. **Revista de Concorrência e Regulação**, v. 2, n 7-8, , p. 139-159, jul./dez. 2011, p. 140.

¹³⁵ VAZ, Isabel. Op. cit., p. 245.

“CADE”. Para Agamemnon Magalhães, o Brasil sofria o abuso do poder econômico por parte de grandes cartéis e trustes internacionais, que prejudicavam os produtores nacionais em diversos mercados. Não obstante, este Decreto-Lei tenha tido vigência curta e nunca tenha sido executado, foi significativo para o direito antitruste brasileiro, pois continha, sinteticamente, os elementos do Projeto de Lei n. 122 — que Agamemnon Magalhães levou à Câmara Federal em 1948 —, bem como da Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962, como veremos adiante, principalmente quanto à literalidade das condutas consideradas anticompetitivas. Em 29 de outubro de 1945, com a queda de Getúlio Vargas, este Decreto-Lei foi revogado pelo Presidente provisório José Linhares.

Posteriormente, a Constituição Federal de 1946, em seu artigo 148, fez expressa referência ao abuso de poder econômico:

Art. 148 - a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso de poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

Antes de o referido artigo 148 ser aprovado com a mencionada redação, Agamemnon Magalhães, então deputado da Assembleia Constituinte, tinha sido escolhido para ser relator da Ordem Econômica e Social da Constituição de 1946, incluindo no seu anteprojeto um artigo que tratou expressamente do combate aos trustes e aos cartéis, práticas que deveriam ser reguladas por legislação especial, conforme redação a seguir:

Art. 4º Os trustes, cartéis, entendimentos ou ajustes de qualquer organização, grupo, empresa ou indivíduo, seja de que natureza forem, para dominar os mercados internos, eliminar os concorrentes e explorar os consumidores pelos preços ou qualquer outra forma de opressão, serão declarados fora da lei e dissolvidos, de acordo com a legislação especial que for votada pelo Congresso.¹³⁶

Em 15 de abril de 1948, Agamemnon Magalhães apresentou o Projeto de Lei n. 122, regulamentando o artigo 148 da Constituição de 1946, justificando, em discurso feito na Câmara dos Deputados, o seguinte:

¹³⁶ MAGALHÃES, Paulo Germano. Op. cit., p. 22.

Quando Ministro da Justiça, tive a iniciativa de apresentar o decreto-lei que tomou o n. 7.666, em 22 de junho de 19445, dispondo sobre atos contrários à ordem moral e econômica. Contra esse decreto houve argumentos de duas ordens: uns sobre a inoportunidade política, pois naquela época se abria o problema da sucessão da presidência; outros argumentos de natureza jurídica; argumentos ponderáveis, que impressionaram os círculos jurídicos e políticos de nosso país.¹³⁷

Conforme já exposto, referido Projeto de Lei foi fortemente baseado no Decreto-Lei n. 7.666/1945, assim como na Lei n. 4.137/1962.

Em 26 de dezembro de 1951, foram promulgadas outras duas leis, a Lei n. 1.521 e a Lei n. 1.522, as quais replicaram, *ipsis litteris*, os dispositivos antitruste contidos no Decreto-Lei n. 869/1938. Porém, estes dispositivos sequer foram aplicados. Estas leis criaram a Comissão Federal de Abastecimento e Preços (COFAP), antecessora da Sunab e do CIP. A COFAP estava autorizada a tabelar os preços máximos e a estabelecer condições de vendas de mercadorias, de prestação de serviços e das diversões públicas, a fim de impedir lucros excessivos.

Foi apenas em 1962, após extensas discussões legislativas (que foram inicialmente incentivadas por Agamemnon Magalhães), que o Brasil adotou sua primeira “Lei Antitruste” na esfera administrativa, i.e., a Lei n. 4.137/62, que vigorou por 29 anos. Esta lei criou o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), incumbido da apuração e repressão dos abusos do poder econômico. Os primeiros julgamentos do CADE foram realizados em Brasília, em 3 e 4 de dezembro de 1963, envolvendo averiguações preliminares:

Uma denúncia do Sindicato dos Trabalhadores de Cabo Frio, foi encaminhada ao CADE pela Casa Militar da Presidência da República. O Relator sorteado foi o Conselheiro Mário Martins, que, após ouvir a Procuradoria, concluiu pela existência de indícios veementes de abusos do poder econômico praticados pela Associação Técnica Brasileira das Indústrias Automáticas de Vidro e suas associadas. O julgamento determinou a instauração do Processo Administrativo n. 1/63.¹³⁸

Até 1975, apenas 11 processos haviam sido julgados pelo CADE e em apenas um caso considerou-se a prática como abuso do poder econômico, razão pela qual o CADE

¹³⁷ MAGALHÃES, Paulo Germano. Op. cit., p. 23.

¹³⁸ Ibidem, p. 108.

ficou conhecido como inoperante na vigência desta lei. Esta lei entrou em vigor no período do governo Goulart (1961 a 1964), em que havia se instalado séria crise político-institucional.¹³⁹

A percepção da essência das mutações do direito antitruste não pode ser dissociada ou descontextualizada da evolução da realidade econômico-social que lhe é inerente, sendo esta realidade responsável pela escolha de um determinado modelo jurídico. Assim, verifica-se, ao longo da história, que ora se elegeu a defesa da economia popular, ora a repressão ao abuso do poder econômico, e ora a livre concorrência. Nesse sentido, pode-se dizer que o período entre as Leis n. 1.521 e 1522 e a Lei n. 4.137/1962 foi marcado por uma política nacionalista desenvolvimentista do governo de Juscelino Kubitschek (1956-1961), com investimentos estatais dirigidos à industrialização nacional, visando ao desenvolvimento econômico, e com a participação do Estado na economia de forma cada vez mais intrusiva e ativa. A atuação intervencionista e concentracionista desse período era incompatível com uma política efetiva de defesa da concorrência.

Em 5 de outubro de 1988 emerge uma nova ordem jurídica com a promulgação da Constituição Federal em vigência atualmente. A Constituição de 1988 restaurou a democracia e o Estado de direito suprimidos pelo regime militar de 1964-1985. Esta Constituição, progressista e generosa, concebida com o objetivo de transformar a realidade econômica e social do país, enuncia expressamente o desenvolvimento como meta. O Título VII versa sobre a ordem econômica e financeira, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e aponta como um dos princípios gerais da atividade econômica a livre concorrência. O artigo 173, parágrafo 4º, da Constituição estabeleceu que: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

Em um contexto de liberalização da economia — em que naturalmente a concorrência passou a assumir papel de destaque e o governo efetivamente começou a se preocupar com a promoção e proteção da concorrência —, foram criadas a Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e a Lei n. 8.158, de 08 de janeiro de 1991. A primeira deu tratamento penal a um amplo rol de práticas contra a ordem econômica, que visassem ao

¹³⁹ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

abuso de poder, prevendo, para os crimes estabelecidos, penas de dois a cinco anos de reclusão ou multa. Por sua vez, a Lei n. 8.158 nasceu para reprimir a ocorrência de abusos no mercado, introduzindo mudanças na Lei n. 4.137/1962 (note-se que estas leis coexistiram, por vezes com disposições contraditórias), que resultaram em um arcabouço mais eficaz e adequado à regulação dos comportamentos do mercado. Com a Lei n. 8.158, criou-se a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), com função de investigar as práticas anticompetitivas.

Em 1993, promulgou-se a Lei n. 8.666, a qual passou a tratar a prática de cartel em licitação como modalidade penal, aplicando penas de dois a quatro anos de detenção e multa e de três a seis anos de detenção e multa, dependendo da tipificação.

Finalmente, em 1994, foi promulgada a Lei n. 8.884, a qual sistematizou a matéria antitruste, de forma a aperfeiçoar o seu tratamento legislativo. O controle de preços, utilizado com regularidade desde a década de 1960, é um importante elemento a ser considerado quando se trata de compreender a emergência da Lei n. 8.884 e da política de concorrência no Brasil nos anos 1990. Com a Lei n. 8.884, consolidou-se a prevenção e a repressão ao abuso de poder econômico. O CADE se tornou autarquia federal e foi implementado o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), composto pelo CADE, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e pela Secretaria de Direito Econômico (SDE). Três pilares foram estabelecidos com a Lei n. 8.884: atuação preventiva por meio do controle de concentrações econômicas; atuação repressiva por meio do controle de condutas anticompetitivas; e atuação educativa por meio da advocacia da concorrência.

Em 1994, o Brasil passou a aplicar, de fato, uma legislação de defesa da concorrência — a qual era existente há décadas, do ponto de vista formal. A Lei n. 8.884/1994 pode ser considerada a primeira etapa de um processo de consolidação da política de defesa da concorrência brasileira. Também em 1994 foi anunciado o Plano Real, cuja iniciativa era a de controlar a inflação e assegurar a estabilidade econômica da moeda, o que acabou por resultar em um “*boom*” de fusões e aquisições no país. Nesse período, houve um salto: de 33 operações julgadas nos 34 primeiros anos do órgão

antitruste, entre 1962 e 1996, foram julgadas 600 no período de 1996 e 2000; ou seja, em apenas quatro anos o órgão julgou muito mais do que em todo o resto de sua história.¹⁴⁰

Em relação à repressão de condutas anticompetitivas, nota-se que, em 1999, com a mudança no regime cambial, afloraram vários cartéis, entre eles: o cartel das empresas aéreas,¹⁴¹ dos jornais¹⁴² e do aço.¹⁴³ Aos olhos da ex-presidenta do CADE, Elizabeth Maria Mercier Querido Farina, a mudança cambial influenciou de forma relevante o surgimento dos denominados “cartéis de 99”; de acordo com a ex-presidenta, “todos estavam sofrendo o mesmo tipo de impacto, e, quando isso acontece, a tendência das empresas é adotar uma ação coordenada, uma mudança igual para todos os concorrentes”.¹⁴⁴ Até o ano 2000, a atuação do CADE era muito tímida, havendo poucas condenações em processos administrativos, notadamente de cartéis. O ex-conselheiro Celso Fernandes Campilongo reconheceu a escassez de condenações de cartel neste período:

Nos dois anos que estive no CADE não relatei sequer um caso de cartel. Para que se tenha uma ideia, quando cheguei ao CADE havia apenas uma condenação de cartel. A lei é de 1994. Cheguei em 2000. Havia apenas um caso de condenação de cartel no âmbito dessa lei. Durante o meu mandato,¹⁴⁵ apreciámos mais alguns casos de cartel, mas não foram muitos, principalmente cartéis de postos de gasolina. O CADE ainda não havia aplicado nenhuma multa acima do mínimo legal que era de 1%.¹⁴⁶

A partir de 2003, as autoridades começaram a dar prioridade ao combate a cartéis, passando a utilizar ferramentas sofisticadas de investigação — com a cooperação do Ministério Público e da Polícia Federal —, tais como: a realização de busca e apreensão, interceptação telefônica¹⁴⁷ e a celebração de acordos de leniência. Referidos instrumentos jurídicos foram introduzidos pela Lei n. 10.149, de 21 de dezembro de 2000. A utilização desses instrumentos facilitou a obtenção de provas da conduta anticompetitiva pelas autoridades de concorrência brasileiras, trazendo mais elementos para a condenação e para a formulação da pena. De acordo com estimativas do CADE, em 2007, foram cumpridos

¹⁴⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Defesa da concorrência no Brasil**. Op. cit., p. 18.

¹⁴¹ Processo Administrativo n. 08012.000677/1999-70.

¹⁴² Processo Administrativo n. 08012.002097/99-81.

¹⁴³ Processo Administrativo n. 08012.004086/2000-21.

¹⁴⁴ DUTRA, Pedro. Op. cit., p. 227.

¹⁴⁵ Mandato de 5 de julho de 2000 a 4 julho de 2002.

¹⁴⁶ DUTRA, Pedro. Op. cit., p. 149.

¹⁴⁷ Prova emprestada do processo criminal.

84 mandados de busca e apreensão na sede de empresas no país; em 2008, foram concluídas 134 investigações de condutas anticompetitivas.¹⁴⁸ Também a partir de 2003, as autoridades administrativas e criminais passaram a cooperar, visando a prevenir e a reprimir práticas de cartéis. Em 2007, houve alteração na Lei n. 8.884/1994 (por meio da redação dada pela Lei n. 11.482/2007), em que a celebração de Termos de Compromisso de Cessação passou a valer para empresas praticantes de cartel. A evolução do combate a cartéis no Brasil será detalhada nas seções 1.3.1 a 1.3.4, a seguir.

Em 2011, a Lei n. 8.884/1994 foi substituída pela Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011, alinhando a lei de defesa da concorrência brasileira às melhores práticas internacionais. A nova lei introduziu alterações substantivas e institucionais ao regime de concorrência no Brasil. Dentre as principais mudanças substantivas, cita-se a introdução de um sistema prévio de controle de concentrações econômicas e também a mudança no percentual de penas aplicáveis às condutas anticompetitivas. Quanto às mudanças institucionais, estas são relativas à consolidação das funções de persecução e julgamento em um único órgão, isto é, o CADE passa a ser responsável por estas funções, deixando de existir a SDE e a SEAE como órgãos de persecução. A SEAE, por sua vez, passou a ser responsável pela coordenação das atividades relativas à intersecção entre regulação e defesa da concorrência.

A lei atualmente em vigor consagra avanços longamente esperados, face ao aprendizado do SBDC e à interface com as melhores práticas internacionais. Esta lei, contudo, lança desafios internos e externos a serem testados, com relação ao aprimoramento da política de combate a cartéis e, em última instância, a um sistema de pena efetivo.

1.3.1 Política de combate a cartéis na esfera administrativa

O fato de o primeiro acordo de leniência ter sido firmado em 2003, no âmbito do “Cartel dos Vigilantes”,¹⁴⁹ pode ser a razão deste ano ser considerado o marco de uma

¹⁴⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Defesa da concorrência no Brasil**. Op. cit., p. 24.

¹⁴⁹ Processo Administrativo n. 08012.001826/2003-10. A empresa Vigilância Antares Ltda. e duas pessoas físicas firmaram com o CADE acordo de leniência e tiveram como benefício a extinção da punibilidade.

política mais sofisticada de repressão a cartéis no Brasil. Antes disso, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência tinha como foco o controle de concentrações e poucas condutas de cartel haviam sido condenadas nesse período prévio.

Algumas frentes de trabalho foram empreendidas pelas autoridades de defesa da concorrência brasileira, com vistas a aperfeiçoar a política de combate a cartéis. Dentre essas frentes, estão: (i) as iniciativas de caráter educativo; (ii) a evolução dos mecanismos de investigação propriamente ditos, ou seja, mecanismos de descoberta e obtenção de provas dos cartéis para fins de condenação; e (iii) as parcerias com outras esferas jurídico-administrativas.

Com relação à primeira frente, ou seja, às iniciativas de caráter educativo, a SDE e o CADE publicaram diversas cartilhas, com informações didáticas sobre a prática de cartel e seus reflexos para sociedade e para os consumidores, bem como sobre o funcionamento da política de combate a cartéis. Além disso, em 2008 foi editado o Decreto Presidencial, estabelecendo o dia 8 de outubro (data em que foi firmado o primeiro acordo de leniência no Brasil) como o “Dia Nacional do Combate a Cartéis”.

Quanto à segunda frente — i.e., a evolução dos mecanismos de investigação —, por meio da Portaria do Ministério da Justiça n. 1.077, de 30 de maio de 2007, foi outorgada à Coordenação Geral de Análise de Infrações no setor de Compras Públicas pertencente à extinta SDE, a incumbência de promover investigações de cartéis em licitações, fortalecendo parcerias com órgãos da Administração envolvidos em tais investigações. Referida portaria destacou que o dano estimado ao erário público causado por cartéis no setor de compras públicas é da ordem de 25 a 40 bilhões de reais por ano.

Importante lembrar as dificuldades enfrentadas pelas autoridades para obtenção de provas, diretas e indiretas, do cartel, notadamente em vista de os praticantes dessa conduta ilícita agirem de forma secreta, além de se valerem de estratégias sofisticadas para não deixarem provas do acordo. Os meios de prova tradicionalmente admitidos no processo administrativo sancionador são: prova documental; prova testemunhal; depoimento pessoal; prova pericial; e inspeções. Ademais, as autoridades podem requisitar informações de outros órgãos da União, bem como consultar o próprio mercado, desde que sejam preservados os direitos fundamentais dos representados no processo administrativo.

Na expectativa de desenvolver os mecanismos de investigação, foram introduzidos instrumentos mais sofisticados para detecção e obtenção de provas do cartel, dentre os quais: a busca e apreensão; a interceptação telefônica; o acordo de leniência; e o Termo de Compromisso de Cessação (TCC). Porém, são comuns as controvérsias acerca da validade e legitimidade das provas obtidas por meio destes mecanismos — inclusive aquelas obtidas por meio de empréstimos de outros processos, envolvendo outras esferas jurídicas —, controvérsias estas que acabam por motivar diversos questionamentos, pelos supostos infratores, perante o judiciário.¹⁵⁰

Especificamente em relação à leniência, ainda que esse instituto já estivesse previsto desde 2000 na Lei n. 8.884/1994, foi aplicado efetivamente somente em 2003, no âmbito do denominado “Cartel dos Vigilantes”. O programa de leniência, espécie de delação premiada do direito penal, foi introduzido devido às dificuldade de detecção e persecução dos cartéis sem a cooperação de seus participantes, principalmente em vista do caráter sigiloso e fraudulento dessa conduta. Assim, aqueles que queiram denunciar uma prática de cartel (i.e., o delator ou, valendo-nos da denominação norte-americana, o “*whistleblower*”), em que atuam como parte, e cooperar plenamente com as autoridades de defesa da concorrência terão em troca a extinção da punibilidade ou redução de um a dois terços da pena. Note-se que a celebração de acordo de leniência só será possível se a autoridade ainda não tiver conhecimento da conduta ilícita.

A abordagem de combinar incentivos com penalidades, conhecida como a lógica “da cenoura e do porrete” (do inglês, *stick and carrot approach*), pressupõe que a sanção imputável seja severa o suficiente a ponto de tornar vantajoso para o agente infrator a celebração de um acordo de leniência. Ou melhor, garantir tratamento leniente àquele que decide pôr fim à conduta e delatar a prática (cenoura), o qual, caso contrário, estaria à mercê de sanções severas (porrete).

O instituto da leniência foi inspirado na teoria dos jogos e no dilema dos prisioneiros, já estudados neste trabalho, que ilustram as estratégias e a instabilidade

¹⁵⁰ Sobre os aspectos processuais envolvidos nas provas, cf. GILBERTO, A. M. **O processo administrativo sancionador**: aspectos processuais na repressão das infrações à concorrência no Brasil. São Paulo: Lex, 2010.

inerentes às práticas de cartel. Esses atos de colaboração dos infratores se enquadram na função promocional (ou premial) do direito, definida por Bobbio¹⁵¹ como sanções positivas, isto é: aplicação de mecanismos de incentivos, que visem “não a impedir atos socialmente indesejáveis, fim precípua das penas, multas e indenizações, reparações, restituições, ressarcimentos, etc., mas sim, a promover a realização de atos socialmente desejáveis”.

Os atos socialmente desejáveis — nesse caso, a decisão do infrator de colaborar com as autoridades — envolvem aspectos relevantes a serem considerados, entre eles: a possibilidade de continuar a se beneficiar do sobrepreço, caso o cartel ainda esteja em andamento; considerando que o delator continuará a atuar no mesmo mercado, ou em mercados relacionados, poderá sofrer retaliação dos outros membros do cartel como mecanismo de punição; o acordo de leniência expõe o delator a ações privadas de indenização, podendo sofrer pesadas sanções; em caso de cartéis internacionais, celebrar um acordo com uma jurisdição pode significar um alerta para outras jurisdições atingidas pela conduta; entre outros.

Assim, a efetividade da leniência dependerá da efetividade da política de penas da autoridade concorrencial e do receio de uma investigação independente pelas autoridades (e.g., monitoramento pelas autoridades concorrenciais; denúncias anônimas; etc.). Ainda, há jurisdições que garantem recompensas monetárias para os delatores e protegem os indivíduos de eventuais represálias da empresa em que trabalham, em razão de terem denunciado o ilícito.¹⁵² Pode-se dizer, ainda, que o instituto da leniência é capaz de contribuir diretamente para a punição, dada a certeza do ilícito concorrencial delatado, como também indiretamente para a formulação da pena efetiva, uma vez que o signatário é obrigado a auxiliar as autoridades com as investigações, contribuindo com detalhamentos acerca da atuação do cartel, o que facilita a dosagem da pena pela autoridade, criando-se, assim, um círculo virtuoso.¹⁵³ Porém, é importante notar que a leniência não é a única

¹⁵¹ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos da teoria do Direito. São Paulo: Manole, 2007, p. XII.

¹⁵² MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit., p. 211.

¹⁵³ Aqui cabe um parêntesis para o fato de que a efetividade do acordo de leniência — o qual foi um avanço da política antitruste — parece estar diretamente relacionada à efetividade das penas, ou seja, criou-se um círculo virtuoso e uma interdependência entre estes institutos (i.e., penas efetivas → resultam em instabilidade do cartel e incentivam o acordo de leniência → leniência contribui para a descoberta de novos cartéis e para a aplicação de penas efetivas → isto resulta em instabilidade do cartel e incentiva o acordo de

forma disponível à autoridade para obtenção de provas de infrações concorrenciais; pelo contrário, a leniência não substitui os outros meios de provas, já mencionados neste trabalho, mas serve como um complemento deles.

Há, também, a possibilidade de a empresa que não for habilitada para celebrar acordo de leniência, em razão de ter sido a segunda a apresentar proposta, mas fornecer informações relevantes acerca de outro cartel que as autoridades não tenham conhecimento, receber os benefícios da leniência em relação ao segundo cartel delatado, conforme previsto no art. 86, parágrafos 7º e 8º da Lei n. 12.529/2011.¹⁵⁴ Esse instituto, denominado como “leniência *plus*”¹⁵⁵ (ou, do inglês, “*amnesty plus*”) é amplamente utilizado em jurisdições como os Estados Unidos e a Comissão Europeia.

Em 2007, foi instituída a possibilidade de celebração de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) para condutas de cartel, por meio da Lei n. 11.482, de 31 de maio de 2007. Com o TCC, o processo administrativo fica suspenso perante o CADE, sob certas condições estabelecidas no art. 85 da Lei n. 12.529/2011. Os benefícios trazidos pelo TCC são óbvios, quais sejam: redução de custos públicos e privados com a investigação; aumento da certeza jurídica nas relações empresariais; e cooperação dos signatários do TCC sobre aspectos técnicos do mercado e o *modus operandi* do cartel.

Houve receio, por parte das autoridades, de o TCC comprometer o programa de leniência, à medida que potenciais signatários do acordo deixassem de delatar o cartel, com o intuito de celebrar TCC e se beneficiar das vantagens desse instituto somente após a instauração da investigação. Diante disso, as autoridades se apressaram a determinar que, havendo acordo de leniência, o TCC deverá conter reconhecimento de participação na conduta (art. 186 do Regimento Interno do CADE).

leniência → e assim por diante).

¹⁵⁴ “Art. 86 § 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio. § 8º Na hipótese do § 7º deste artigo, o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada.”

¹⁵⁵ No âmbito do voto do Conselheiro Relator, Fernando de Magalhães Furlan, do denominado “cartel dos gases” (Processo Administrativo n. 08012.009888/2003-70), restou expressa a disponibilidade do instituto da leniência *plus* para os eventuais delatores da continuidade da conduta ou de outros investigados.

Finalmente, no que tange à terceira frente, para que a descoberta e a obtenção de provas da conduta de cartel sejam facilitadas são necessárias parcerias institucionais entre as autoridades concorrenciais e atores do Poder Executivo federal, pois a cooperação de esferas especializadas auxilia na efetividade e celeridade das investigações (por exemplo, a expertise da polícia para realização de interceptação telefônica), sobretudo considerando que, quanto mais célere a conclusão dos processos administrativos, mais recursos públicos são economizados pelas autoridades. Há estudos no sentido de que as delongas das investigações reduzem o valor da dissuasão da repressão a cartéis.¹⁵⁶ Ademais, processos de aprendizagem coletiva são positivos para o aperfeiçoamento da política investigativa (i.e., todos os mecanismos e ferramentas de investigação), não só por meio de cooperação internacional, mas, principalmente, entre diferentes autoridades dentro de uma jurisdição.

Diante disso, a antiga SDE (cujo papel é, atualmente, exercido pela Superintendência-Geral do CADE), celebrou diversos acordos de cooperação com as Polícias Cíveis e Federal, bem como com os Ministérios Públicos Federal e Estaduais,¹⁵⁷ a fim de alinhar regras consistentes na troca de informações e participação conjunta em diligências. Daí a urgência da criação, em 2009, da Estratégia Nacional de Combate a Cartéis (ENACC), prevendo a constituição de uma vasta rede de cooperação entre diversos órgãos estatais para a efetivação da política de combate a cartéis. A rede é formada por autoridades de persecução administrativa, civil e criminal.¹⁵⁸

Todas essas providências tomadas pelas autoridades concorrenciais a partir de 2003

¹⁵⁶ Segundo Connor, na ausência de interesse em julgar, morosidade em investigações antitruste reduzem o valor dissuasório de multas e acordos. Isto porque investigações que se prolongam por períodos consideráveis podem servir como estímulo para as empresas continuarem a praticar cartéis, uma vez que, pensando na estratégia do cartel como um todo, o valor da penalidade eventualmente aplicada pode ficar indiretamente “desvalorizado” face às delongas das investigações, compensando os ganhos tidos com o cartel enquanto durou. Esse fator pode se agravar quando as empresas condenadas administrativamente recorrerem ao judiciário. (CONNOR, John M. Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartels. *Journal of Industry, Competition and Trade*, v. 6, p. 195-223, 2006, p. 202).

¹⁵⁷ Além disso, o Ministério Público do Estado de São Paulo criou uma unidade especializada na investigação de cartel denominada GEDEC (Grupo Especial de Delitos Econômicos). O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro também criou um grupo de trabalho denominado por DACAR (Divisão Anticartel e de Defesa da Ordem Econômica).

¹⁵⁸ Informações detalhadas sobre esse programa estão disponíveis em: BRASIL;. Ministério da Justiça. **Estratégia Nacional de Combate a Cartéis**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7B87802C87-B7BE-4EAF-91DB-F5843CEB74F2%7D¶ms=itemID=%7B2AA1B152-B1A0-4501-8AF1-E2E46EB718DB%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 28 ago. 2013.

contribuíram para a evolução da política de combate a cartéis, principalmente pelo fato de que as autoridades passaram a ter maiores facilidades para descoberta e obtenção de provas dos cartéis, o que resulta em mais elementos para condenação e aplicação de penas. Diante disso, verifica-se nitidamente o reflexo dessa evolução nos percentuais de penas aplicados às condutas anticompetitivas pelo CADE: no fim da década de 1990, era comum a aplicação de multas mínimas (1% do faturamento da empresa); em 2005, as multas alcançaram percentuais de 15% no Cartel das Britas; em 2008, no Cartel da Areia, chegaram a 22,5%; e, em 2010, a 50% no Cartel dos Gases Industriais (o fator reincidência duplicou o percentual de 25%). Nota-se que a lei de defesa da concorrência em vigor inovou no sentido de que as multas¹⁵⁹ serão recolhidas ao Tesouro Nacional na forma regulamentada pelo Poder Executivo (artigo 28, parágrafo 4º, da Lei n. 12.529/2011), enquanto a Lei n. 8.884/1994 previa que as multas deveriam ser destinadas ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.

Conforme já mencionado nesta dissertação, multas demasiadamente severas podem não significar multas adequadas para fins dissuasórios da política de combate a cartéis. Daí a curiosidade, que incentivou este trabalho, de realizar uma análise da sistemática das decisões do CADE envolvendo cartéis, atentando-se para o formato da política de penas aplicadas a essa conduta. O capítulo seguinte tratará detidamente sobre as penas impostas a cartéis.

Ainda que se deva reconhecer a importância da evolução dos mecanismos de detecção, persecução e obtenção de provas, conforme já foi abordado, há de se ressaltar que não basta às autoridades restringirem essa evolução aos mecanismos de descoberta e persecução, devendo, também, estender essa evolução à aplicação de penas por meio da jurisprudência, para que a política de combate a cartéis evolua de forma completa e transparente, sem deixar margens para os potenciais infratores agirem estrategicamente. Reitera-se que a ICN recomendou, entre os três objetivos¹⁶⁰ para um regime sólido de combate a cartéis, um sistema efetivo de penas.

¹⁵⁹ No caso de contribuição pecuniária, como ocorre nos TCC's, estas serão recolhidas ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (artigo 85, parágrafo 2º).

¹⁶⁰ Os três objetivos recomendados pela ICN são: (i) clareza na definição da conduta que constitui o cartel; (ii) agências bem estruturadas para detectar, investigar e às vezes processar cartéis; e (iii) um sistema de pena efetivo.

Diante dessas perspectivas, e considerando as bases do sistema jurídico brasileiro, a literatura antitruste especializada reconhece que o combate a cartéis deve incrementar, cada vez mais, seus resultados e sensibilizar um maior contingente da sociedade, e para isso é preciso garantir ações estruturantes em três eixos: administrativo, criminal e civil.¹⁶¹ Assim, tendo em vista que a abordagem administrativa já foi apresentada, passaremos à abordagem criminal e civil.

1.3.2 Cartéis na esfera criminal

Atualmente, há duas¹⁶² leis especiais, no âmbito criminal, que regem as condutas de cartel: a Lei n. 8.137/1990 e a Lei n. 8.666/1993. A Lei n. 8.137/1990, com a redação dada pela Lei n. 12.529/2011, dispõe, em seu artigo 4º, que:

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas;

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;

b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;

c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

De acordo com este artigo, será punido tanto o abuso de poder econômico (inciso I) quanto a formação de cartéis (inciso II). Em relação às penas, vale mencionar que a Lei n. 12.529/2011 alterou a natureza da multa de alternativa para cumulativa ao substituir a redação de “ou” por “e”, sendo imposta na lei vigente pena de “reclusão de dois a cinco anos e multa”.

Por sua vez, a Lei n. 8.666/1993 dispõe sobre o crime de cartel em licitação. Para Martinez,¹⁶³ há três tipos penais nessa lei que comportam a prática:

¹⁶¹ CARVALHO, Vinícius Marques; MARTINS, Amanda A. L.; FONTANA, Bernardo B. Op. cit., p. 152.

¹⁶² De acordo com Martinez, pairam dúvidas se a Lei n. 1.521/1951 ainda está em vigor após a promulgação da Lei n. 8.137/1990, já que aquela nunca foi expressamente revogada. (MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit., p. 152).

¹⁶³ MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit., p. 147.

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

[...]

Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços; [...]

V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Assim, referida autora classificou o tipo do artigo 90 como sendo um cartel em licitação de caráter geral; o artigo 95 como um crime formal de mera conduta, ou seja, a tentativa já se enquadra no tipo; e o artigo 96 como um crime material, em que há descrição da conduta e seu resultado, sem que haja a previsão do dolo específico.

Em relação à caracterização do possível conflito aparente de normas ou concurso formal no caso dos crimes previstos na Lei n. 8.137/1990 e na Lei n. 8.666/1993, na opinião de Martinez,¹⁶⁴ em vista de não haver posicionamento dos tribunais superiores, havendo um cartel no âmbito de processo licitatório público, com base nos princípios da especialidade e da consunção, deverá ser aplicada a Lei n. 8.666/1993, desde que presentes os elementos do tipo, ao passo que crimes de fraudes e licitações privadas deverão ser regidos pela Lei n. 8.137/1990.

Verificam-se, também, algumas discussões que suscitam dúvidas sobre o concurso de crimes com o crime de cartel, como os crimes de quadrilha ou bando e de falsidade ideológica.¹⁶⁵

¹⁶⁴ MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit., p. 152.

¹⁶⁵ Para questões envolvendo concurso de crimes de cartel, bem como questões processuais envolvendo crimes de cartel, tais como: consumação do crime; penas; transação penal e suspensão condicional do

Há estimativas de que, até o ano de 2010, 250 pessoas respondiam a processos criminais por formação de cartel, sendo que ao menos 29 executivos já foram condenados em decisão definitiva — em primeiro ou em segundo grau —, com penas superiores aos cinco anos estabelecidos na legislação específica, devido às agravantes do Código Penal.¹⁶⁶

Merece destaque a proposta de reforma do ordenamento jurídico brasileiro, sugerida na tese de doutorado de Ana Paula Martinez,¹⁶⁷ em âmbito administrativo e criminal, visando melhor acomodar a política de combate a cartéis. A proposta sugerida envolve questões relativas à: (i) exclusão de pessoas físicas do polo passivo do processo administrativo do CADE; (ii) limitação da imputação penal do artigo 4º da Lei n. 8.137/1990 a cartéis; (iii) compatibilização do tipo do artigo 4º da Lei n. 8.137/1990 com a Lei n. 12.529/2011, pois as definições distintas de cartel clássico hoje vigente podem gerar dificuldades práticas de cooperação, além de aumentar a probabilidade de decisões conflitantes; (iv) compatibilização das sanções penais para que não haja desproporção entre todas as figuras penais existentes no ordenamento jurídico; (v) previsão de competência federal para processamento e julgamento de cartéis com efeitos interestaduais ou internacionais; (vi) criação de varas especializadas em crimes econômico-financeiros; (vii) indenização simples e exclusão do signatário do acordo de leniência da regra de responsabilidade solidária; e (viii) sanção para divulgação indevida de informação relativa a acordo de leniência.

Com vistas a não desviar o enfoque deste trabalho, serão detalhados apenas os itens (i), (vii) e (viii) da referida proposta, uma vez que a discussão trazida nestes itens tem relação mais direta com o presente estudo.

De acordo com a proposta (i), sugeriu-se exclusão de pessoas físicas do polo passivo do processo administrativo do CADE, em razão de não haver qualquer ganho dissuasório na condenação das pessoas físicas em âmbito administrativo, uma vez que estas, necessariamente, serão investigadas na esfera criminal e, eventualmente, na esfera

processo; competência para processar e julgar o crime de cartel; meios e padrão de provas; e efeitos extrapenais da condenação criminal, cf. MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit.

¹⁶⁶ CARVALHO, Vinícius Marques; MARTINS, Amanda A. L.; FONTANA, Bernardo B. Op. cit., p. 153.

¹⁶⁷ MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit.

civil. Esta proposta considerou como exceção à pessoa física que exerce em nome próprio atividade econômica, de tal sorte que esta deve ser incluída no polo passivo da esfera administrativa. A motivação desta proposta se pautava na possibilidade de alguns efeitos positivos, entre eles: “(i) a redução na duração dos processos administrativos perante o CADE, com economia de recursos públicos e privados; e (ii) afastamento da discussão sobre *bis in idem* e decisões conflitantes nas searas administrativas e criminal com relação às mesmas pessoas físicas”.¹⁶⁸ A controvérsia sobre a aplicação de pena na esfera administrativa e criminal às pessoas físicas condenadas pela prática de cartel já foi vislumbrada por Ferrari e Cusciano¹⁶⁹ como sendo “uma dupla sanção, muitas vezes impossível pragmaticamente de impor”.

Em relação às propostas (vii) — i.e., indenização simples e exclusão do signatário do acordo de leniência da regra de responsabilidade solidária — e (viii) — i.e., sanção para divulgação indevida de informação relativa a acordo de leniência —, foi pontuado que a possibilidade de propositura de ações de indenização, conforme previsto no artigo 47 da Lei n. 12.529/2011,¹⁷⁰ bem como a exposição desnecessária do signatário da leniência, em vista da falta de sigilo de documentos e informações, podem servir de desincentivo para a assinatura do acordo de leniência, sendo questões cruciais para a efetividade desse programa.

1.3.3 Cartéis na esfera civil

Finalmente, o ordenamento jurídico brasileiro também prevê o ressarcimento de danos provenientes de condutas de cartel na esfera civil. A própria Lei n. 12.529/2011, em seu artigo 47, legitima a indenização por perdas e danos na esfera civil, aos prejudicados pelas condutas anticompetitivas:

Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da

¹⁶⁸ MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit., p. 235

¹⁶⁹ FERRARI, Eduardo F.; CRUSCIANO, Dalton T. A multa administrativa antitruste e a sua natureza de confisco pessoal. **Revista do IBRAC**, v. 16, n. 1, 2009, p. 279.

¹⁷⁰ O artigo 29 da Lei n. 8.884/1994 possui redação idêntica à do artigo 47 da Lei n. 12.529/2011, atualmente em vigor.

ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

As ações de reparação de danos são pautadas na caracterização da responsabilidade civil. O *caput* do artigo 927 do Código Civil¹⁷¹ traz como requisitos da responsabilidade civil: o ato ilícito, o dano, o nexo causal e a culpa. Entretanto, no caso de cartéis, considera-se que a responsabilidade civil é objetiva, pois independe de culpa.¹⁷² Diante disso, os requisitos para caracterização da responsabilidade civil dos cartéis são apenas três: ato ilícito, dano e nexo causal. O ato ilícito é a celebração de acordo pelos membros do cartel, visando a lucros monopolísticos. O dano se refere às alterações no mercado resultantes da prática de cartel, cujos efeitos (prejuízos) refletem-se no aumento do preço e na diminuição da qualidade dos produtos/serviços, na falta de investimentos em inovação e na redução do bem-estar social. Por fim, o nexo causal se refere à relação entre a prática de cartel com o aumento do preço e com diminuição da qualidade dos produtos/serviços, com falta de investimentos em inovação e com redução do bem-estar social.

A título ilustrativo, em dissertação de mestrado denominada “O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil”,¹⁷³ foi proposto um interessante quadro esquemático, reproduzido a seguir, contendo a definição dos prejuízos do cartel. No quadro, classificam-se dois tipos de danos resultantes da prática de cartel, quais sejam: (i) o dano-evento (lesão) e (ii) o dano-prejuízo (efeito). O primeiro reflete-se no dano à pessoa (natural), à pessoa jurídica e à coletividade. Por sua vez, o dano-prejuízo (efeito) resulta no dano material e no dano moral (imaterial).

¹⁷¹ Art. 927. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

¹⁷² Exceto no caso previsto no art. 37, III, da Lei n. 12.529/2011, em que a punição do administrador depende da comprovação de culpa ou dolo (“no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo”).

¹⁷³ MAGGI, Bruno Oliveira. **O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil**. 2010. 233 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 201, p. 156.

Figura 2 - Quadro esquemático e identificação dos prejuízos do cartel¹⁷⁴

A sociedade brasileira ainda não tem a cultura de ingressar com ações de reparação de danos na esfera civil. A jurisdição norte-americana, por exemplo, possui o instituto do *treble damage* e as *class actions*, que são referências do *common law* no que se refere à recomposição das perdas civis. No caso do *treble damage*, os infratores são obrigados a pagar três vezes o valor do prejuízo sofrido por cada um dos prejudicados. E as *class actions* permitem o ingresso coletivo dos prejudicados no Judiciário, estimulando a cobrança de indenizações.

De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, há três possibilidades de reparação de danos na esfera civil, a saber: (i) tratando-se de prejuízos que podem ser individualizados, cada uma das vítimas poderá iniciar ação individual de indenização, nos termos do Código de Processo Civil; (ii) tratando-se de relações de consumo, poderá ser

¹⁷⁴ MAGGI, Bruno Oliveira. Op. cit., p. 156

proposta ação coletiva para cobrar o pagamento dos danos individuais homogêneos, conforme autoriza o artigo 91 do Código de Defesa do Consumidor; e (iii) tratando-se de danos difusos, é cabível ação civil pública, de iniciativa do Ministério Público ou demais legitimados pelo artigo 5º da Lei n. 7.347/1985, a fim de reparar os prejuízos resultantes da diminuição do bem-estar social e aqueles que decorrem da restrição ao desenvolvimento natural do mercado e não podem ser individualizados.

Houve iniciativa do CADE de incentivo às ações de reparação civil, no âmbito da condenação do denominado “cartel dos gases”,¹⁷⁵ em que o conselheiro relator ressaltou que a multa administrativa não repara os danos patrimoniais e morais causados a pessoas específicas, devendo a indenização por tais danos ser engendrada na via judicial. Diante disso, determinou o envio da decisão condenatória do referido cartel às seguintes organizações: Conselho Federal de Medicina; Confederação Nacional da Indústria; Associação Nacional de Hospitais Privados; Federação Brasileira de Hospitais; Ministério da Saúde; Ministério das Cidades; e Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP).¹⁷⁶ Observou, ainda, o relator do processo, que não foi possível ao CADE divulgar os documentos e provas contidas nos autos, por se tratar de informações protegidas por sigilo, mas, a fim de que haja elemento probatório para as eventuais ações de indenização, recomendou ao Poder Judiciário a publicação dos documentos e gravações telefônicas obtidas no início da instrução penal.

De acordo com Maggi,¹⁷⁷ o Ministério Público e as Fundações de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON) iniciaram movimentos no sentido de organizar e promover o ingresso de ações no Judiciário com pedido de indenização contra as empresas já condenadas pela prática de cartel pelo CADE, mas os resultados práticos ainda não restaram provados. Ademais, referido autor mencionou a decisão¹⁷⁸ do Tribunal de Justiça

¹⁷⁵ Processo Administrativo n. 08012.009888/2003-70.

¹⁷⁶ Ainda que não tenha sido realizada uma pesquisa exaustiva sobre todas as ações decorrentes da iniciativa do CADE no âmbito do denominado “Cartel dos Gases”, bem como não foi realizada pesquisa sobre o andamento processual de cada uma delas, verificou-se a propositura de algumas ações civis públicas, entre elas: 1) Associação de Hospitais do Estado de Minas Gerais (AHMG), em 29 de setembro de 2009, perante a Justiça Federal de Belo Horizonte-MG (Ação n. 7099345-90.2009.8.13.0024); 2) SABESP, em 10 de janeiro de 2011, perante a Justiça Federal de São Paulo (Ação n. 0000233-25.2011.4.03.6100); e 3) Ministério Público Federal, em 2 de março de 2012, perante a Justiça Federal de Campinas, pleiteando o pagamento de danos sofridos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) (Ação n. 0002983-48.2012.4.03.6105).

¹⁷⁷ MAGGI, Bruno Oliveira. Op. cit., p. 197.

¹⁷⁸ Apelação Cível n. 70018714857.

do Rio Grande do Sul, no âmbito de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do mesmo Estado, em que houve a condenação dos membros do cartel pelos danos resultantes a categorias de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Notou, ainda, que a decisão realizou cálculo sobre o valor devido a cada uma das vítimas, além de ter sido identificada a existência de prejuízo moral à sociedade, uma vez que se reconheceu que há uma “dimensão extrapatrimonial dos interesses e direitos coletivos”.

O CADE já tem empreendido esforços para harmonizar e incentivar um maior contingente de ações de reparação civil pela prática de cartéis,¹⁷⁹ sob a alegação de que, paralelamente ao eixo administrativo e criminal, a instauração de ação de reparação de danos decorrentes da prática de cartel — seja por meio de ações privadas, seja por meio de ações coletivas ou ações civis públicas — também pode surtir efeito positivo para o caráter dissuasório da política de combate a cartéis como um todo. Para Vinícius, Martins e Fontana,¹⁸⁰ “se aposta em um saldo de qualidade que advirá do estímulo à cultura da reparação de danos causados por cartéis”.

De outro lado, deve-se ponderar que as ações de reparação envolvem um aumento dos custos envolvidos nos processos (cálculo de danos) e de alguns potenciais riscos, entre eles: os possíveis conflitos entre decisões administrativas e judiciais; os possíveis impactos negativos no programa de leniência, ou seja, os potenciais signatários de um acordo de leniência podem se sentir inibidos pela potencial indenização, que pode alcançar valores vultosos; os possíveis impactos negativos na concorrência causados por decisões não satisfatórias, entre outros.

Por fim, poderá haver revisão judicial das decisões do CADE, com base no artigo

¹⁷⁹ Nesse sentido, verificam-se esforços por meio das próprias decisões do CADE, como no citado voto no âmbito do denominado “cartel dos gases”, além de declarações públicas das autoridades do CADE, como aquela feita pelo atual presidente daquela autarquia, Vinícius Marques de Carvalho, ao jornal Valor Econômico, em 19 de setembro de 2011, nos seguintes termos: “[...] O secretário informou que vai iniciar uma articulação com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e o Ministério Público para que as empresas condenadas por cartel também sofram ações de reparação de danos aos consumidores. Essa articulação já tem data para ocorrer: na primeira semana de outubro, na próxima edição da Estratégia Nacional de Combate a Cartéis (Enacc), um encontro entre autoridades para definir metas contra empresas que fazem acordos anticompetitivos no mercado. Pela reparação, além de as empresas pagarem as multas do Cade, que vão de 1% a 30% do faturamento, elas terão de pagar o equivalente ao que conseguiram a mais no mercado por força do cartel. Estimativas feitas pela SDE com base em estudos da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) indicam que a reparação pode chegar a valores equivalentes a 15% das vendas das empresas. [...]”.

¹⁸⁰ CARVALHO, Vinícius Marques; MARTINS, Amanda A. L.; FONTANA, Bernardo B. Op. cit., p. 153.

5º, XXXV, da Constituição Federal, o qual prevê que o Poder Judiciário deve apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito, bem como no artigo 93 da Lei n. 12.529/2011, o qual prevê que a decisão do Plenário do Tribunal, cominando multa ou impondo obrigação de fazer ou não fazer, constitui título executivo extrajudicial. Portanto, decisões condenatórias do CADE, inclusive envolvendo práticas de cartel, também podem ser apreciadas pelo Poder Judiciário, influenciando, de certa forma, a política de combate a cartéis, pois a morosidade da análise e de imposição efetiva da sanção pode significar prejuízos para os resultados desta política. Estas implicações serão revisitadas nos próximos capítulos.

1.3.4 Breves reflexões sobre a inter-relação entre as esferas

Primeiramente, importante frisar que, embora seja profícuo o intercâmbio entre as esferas administrativa, criminal e civil no combate a cartéis, nada impede que as decisões a serem adotadas em cada uma delas sejam divergentes e/ou conflitantes. Isto porque o princípio da independência das esferas, que baliza o ordenamento jurídico brasileiro, não impõe hierarquias entre elas. Sobretudo, os objetivos perseguidos por cada esfera, bem como as particularidades de cada uma delas, se distanciam entre si, ainda que se trate de temas comuns e que possam ser correlacionados.

Exemplos concretos envolvendo divergência de decisões são frequentes. No caso do suposto cartel de transporte de veículos novos no Rio Grande do Sul (ou suposto “Cartel dos Cegonheiros”), houve condenação em primeira instância pela Justiça Federal Criminal,¹⁸¹ porém, na esfera administrativa, o CADE determinou o arquivamento do processo,¹⁸² em atenção ao princípio constitucional da presunção de inocência, justificando que o conjunto probatório era inconclusivo e insuficiente para determinar uma condenação na esfera administrativa.

Outro exemplo a ser citado é o caso do suposto “Cartel dos Genéricos”, o qual foi condenado pelo CADE;¹⁸³ todavia, por meio de revisão judicial, a Justiça Federal do Distrito Federal decidiu determinar a anulação da decisão condenatória do CADE. Ainda não houve decisão judicial definitiva sobre esta ação anulatória, já que foram interpostos

¹⁸¹ Ação Penal n. 2003.71.00.007397-5/RS.

¹⁸² Processo Administrativo n. 08012.5669/2002-31.

¹⁸³ Processo Administrativo n. 08012.009088/1999-48.

recursos às instâncias superiores. Além disso, a Ação Civil Pública¹⁸⁴ proposta pelo Ministério Público Federal do Estado de São Paulo, também no âmbito do suposto “Cartel dos Genéricos”, restou arquivada, uma vez que a Justiça Federal de São Paulo concluiu pela inexistência da prática de cartel.

Há, também, questões controversas envolvendo prova emprestada — principalmente quando se tratar de provas provenientes da esfera criminal e utilizadas no âmbito administrativo —, questões estas que acabam por levantar discussões sobre a ameaça aos princípios do contraditório e da ampla defesa.¹⁸⁵

Ademais, há questões controversas atinentes à inter-relação entre as esferas, que refletem na efetividade do programa de leniência, entre elas: (i) a constitucionalidade do artigo 87 da Lei n. 12.529/2011; e (ii) a propositura de ações de reparação de danos decorrentes da prática de cartel.

A primeira controvérsia relacionada ao programa de leniência diz respeito à constitucionalidade do artigo 87 da Lei n. 12.529/2011, o qual determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia, com relação aos diversos tipos de crimes de cartel, contra o agente beneficiário da leniência:

Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

A extinção da punibilidade penal dos signatários do acordo de leniência, conforme previsto neste artigo, suscita críticas sobre a sua inconstitucionalidade. De acordo com Martinez,¹⁸⁶ a crítica parece ser equivocada: “Não se trata de ofensa à reserva de

¹⁸⁴ Processo n. 0029912-22.2001.403.6100.

¹⁸⁵ Para aprofundamento desse assunto, cf. MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit. e GILBERTO, A. M. Op. cit.

¹⁸⁶ MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit., p. 218.

jurisdição, nem tampouco à delegação da atividade julgadora penal. O que a lei faz ao instituto da leniência é o que qualquer comando normativo faz: ela atribui a determinado ato ou fato consequências jurídicas.”

Em razão da relevância do programa de leniência, a previsão do mencionado artigo 87 foi um avanço para a política de combate a cartéis, já que a Lei n. 8.884/1994, que foi substituída pela lei vigente, não estabelecia essas garantias. Entretanto, a interpretação do artigo 87 a ser dada pelas autoridades criminais ainda é uma incógnita, o que acaba trazendo insegurança jurídica aos signatários desse acordo, à medida que a extinção da punibilidade penal ainda não é uma questão pacífica. Note-se que, até a entrada em vigor da Lei n. 12.529/2011, não houve denúncias criminais contra signatários de acordo de leniência.

A segunda controvérsia relacionada ao programa de leniência se refere à propositura de ações de reparação de danos decorrentes da prática de cartel. Essas ações podem inibir a efetividade do programa de leniência, já que a indenização imposta nestas ações pode alcançar valores vultosos. Este assunto será detalhado adiante.

Por fim, já foi mencionada nesta dissertação (subseção 1.3.2) a discussão sobre a possível caracterização do *bis in idem*, no que tange à condenação da pessoa física na esfera criminal e administrativa. Inclusive foi citada tese de doutorado contendo proposta de alteração da Lei n. 12.529/2011,¹⁸⁷ a fim de que haja exclusão de pessoas físicas do polo passivo do processo administrativo do CADE, em razão de não haver qualquer ganho dissuasório da condenação das pessoas físicas em âmbito administrativo, uma vez que estas, necessariamente, serão investigadas na esfera criminal. Entre as motivações desta proposta, está o afastamento da discussão sobre o princípio do *bis in idem* e, consequentemente, ausência de decisões conflitantes nas searas administrativa e criminal com relação às mesmas pessoas físicas.

Entende-se que esse assunto ainda precisa ser amadurecido, principalmente considerando o princípio da independência das esferas, o qual, propositalmente, abre margens para essas divergências e tem dimensão muito mais ampla que a política

¹⁸⁷ MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit.

específica de repressão a cartéis.

Portanto, partindo da premissa de que essas controvérsias residem na estrutura do ordenamento jurídico pátrio e de que quaisquer mudanças que visem à harmonização da política de combate a cartéis requererão debates sofisticados sobre infinitas questões — notadamente levando-se em conta as dificuldades para qualquer alteração legislativa —, esta dissertação dispensará o aprofundamento desse tema, ainda que a previsão de condenação da pessoa física seja um assunto a ser retomado nos capítulos seguintes.

Aparentemente, a inter-relação entre as esferas no combate a cartéis é muito mais uma relação de complementaridade do que uma relação de contradição; por isso, serão tratadas nesta dissertação somente questões que restem estabelecidas no ordenamento jurídico e, de certa forma, acomodadas na legislação vigente, para que não haja qualquer juízo de valor precipitado e, acima de tudo, distanciamento do tema limitado neste trabalho.

2 AS PENAS APLICÁVEIS A CARTEL E SEU EFEITO DISSUASÓRIO

Em geral, as penas são respostas repressivas necessárias do Estado às condutas atentatórias a um bem jurídico relevante — no caso de cartéis, o bem jurídico afetado é o mercado. Há diversos tipos de penas previstas para punição da conduta de cartel, no Brasil e em outras jurisdições, quais sejam: as penas privativas de liberdade, as penas de multa e as penas relativas a obrigações de fazer e não fazer. No Brasil, determinadas penas são aplicadas por esferas específicas do direito (por exemplo, as penas privativas de liberdade são aplicadas somente pela esfera criminal). Pensando na completude da política de combate a cartéis, seria ideal uma fluidez maior das fronteiras existentes entre as esferas jurídicas que reprimem esta conduta. Daí a percepção da necessidade de modelos punitivos inter-relacionados, cuja cooperação de experiências e competências agrega eficiência à política de combate a cartéis de maneira mais robusta, conforme será visto adiante.

Ademais, o merecimento da pena pelo infrator deve ser justificado pela autoridade judicante, pois não basta dizer que merece porque merece. Ao contrário, a gravidade da pena deve ser pautada no grau de lesão da conduta ao bem jurídico afetado e a dosagem da pena deve ser fundamentada no comportamento individual do infrator, notadamente em vista do princípio da individualização das penas, preconizado no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal. Além disso, devem-se considerar as finalidades das penas para repressão de certos ilícitos — no caso dos cartéis, serão analisados, especialmente, os efeitos dissuasórios. Tudo isso deve ser feito sob um juízo de ponderação, cabendo ao aplicador do direito realizar sua análise de modo mais estreito, com menor discricionariedade, mais fortemente amparado pelo uso de critérios sistemáticos e transparentes dos dispositivos da lei.

Nesses termos, o presente capítulo atentará para a punição de cartel clássico, de modo que serão: (i) examinadas as penas aplicáveis a cartéis na esfera administrativa brasileira, à luz da Lei n. 8.884/1994 e da Lei n. 12.529/2011; (ii) apresentados os regimes de combate a cartéis de jurisdições internacionais; e (iii) feitas reflexões sobre o caráter dissuasório da punição de cartéis — neste caso, considerando a política de repressão a cartéis com dimensão que extrapola a esfera estritamente administrativa (e.g.,

considerando as esferas civil e criminal). Ainda, serão analisados, acessoriamente, aspectos institucionais relacionados à dissuasão, que possam influenciar a política de combate a cartéis como um todo.

2.1 Penas previstas na Lei n. 8.884/1994 e as alterações introduzidas pela Lei n. 12.529/2011

O presente trabalho se debruçará sobre a análise das penas previstas na Lei n. 8.884/1994¹⁸⁸ (revogada) e na Lei n. 12.529/2011 (atualmente em vigor e que substituiu aquela). Isto porque o conjunto de decisões condenatórias do CADE envolvendo condutas de cartel, que será analisado no capítulo 3, envolverá penas aplicadas tanto sob a vigência da Lei n. 8.884/1994 quanto da Lei n. 12.529/2011.¹⁸⁹

Conforme será visto, a principal sanção prevista contra as infrações da ordem econômica é a pena de multa — i.e., obrigação de dar —, seja na Lei n. 8.884/1994, seja na Lei n. 12.529/2011. Além da imposição de multa, estas leis também preveem obrigações de fazer e não fazer. Ademais, ainda que não se trate de pena propriamente dita, referidas leis preveem que os legitimados poderão ingressar em juízo para o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos com a infração da ordem econômica. Como já visto, a possibilidade de reparação civil é uma importante ferramenta de caráter repressivo e dissuasório da política de combate a cartéis; por isso; este tema será revisitado neste capítulo.

2.1.1 Artigos 23, 24, 27 e 29 (?) da Lei n. 8.884/1994

A Lei n. 8.884/1994¹⁹⁰ determinava em seu artigo 23 as seguintes obrigações de

¹⁸⁸ Referida lei foi substituída pela lei atualmente em vigor (Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011). A lei atual entrou em vigor em 29 de maio de 2012.

¹⁸⁹ O CADE estabeleceu critérios (por meio das decisões tomadas no âmbito do Processo Administrativo n. 08012.009834/2006-57, Processo Administrativo n. 08012.004039/2001-68, Processo Administrativo n. 08012.004573/2004-17, entre outros), no sentido de que os processos iniciados na vigência da Lei n. 8.884/1994, mas julgados na vigência da Lei n. 12.529/2011, sujeitar-se-ão à aplicação da lei mais benéfica. Assim, de acordo com tais decisões, em caso de pessoas jurídicas e administradores, a lei mais benéfica é a Lei n. 12.529/2011; e, em caso de associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito que não exerçam atividade empresarial, deve ser aplicada a Lei n. 8.884/1994.

¹⁹⁰ As referências a esta lei nesta dissertação serão usadas no passado, já que esta lei se encontra revogada. De qualquer forma, nos termos do princípio da retroatividade da lei mais benéfica, o CADE ainda pode

dar, que serviam de base de cálculo da pena de multa:

Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, 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;

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.

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.

Parágrafo único. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

Como se pode ver, a base de cálculo da pena de multa disposta no art. 23 se relacionava a uma variação de percentual com base no faturamento bruto¹⁹¹ da pessoa jurídica referente ao último exercício,¹⁹² para fins de aplicação de pena à empresa (1% a 30%) e/ou ao administrador (10% a 50% do valor aplicado à pessoa jurídica); ao passo que, para aplicação de pena às demais pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, assim como a associações, estipulava-se um montante mínimo e máximo (R\$ 6.000,00 a R\$ 6.000.000,00), em Unidades Fiscais de Referência (Ufir).¹⁹³

Além disso, a reincidência resulta na aplicação em dobro¹⁹⁴ das multas. Neste caso,

aplicar esta lei aos processos iniciados na sua vigência, conforme será visto em algumas decisões analisadas no capítulo III.

¹⁹¹ Em algumas ocasiões o CADE considerou o faturamento no mercado relevante, em vez do faturamento bruto total da empresa. Vide Processo Administrativo n. 08012.000677/1999-70 e Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14.

¹⁹² Considerava-se o faturamento da empresa no exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, corrigido segundo os critérios de atualização dos tributos federais pagos em atraso, até a data do recolhimento da respectiva multa, conforme dispõe o artigo 11 da Lei n. 9.021/1995. Geralmente, o CADE aplica a taxa SELIC para a atualização de valores devidos.

¹⁹³ A Ufir foi extinta em 2001, em decorrência do § 3º do Art. 29 da Medida Provisória n. 2095-76. No período de 2000, a Ufir correspondia a 1,0641 em Reais.

¹⁹⁴ Pesquisa realizada por Polinsky e Rubinfeld, envolvendo modelos econômicos ótimos para punição de reincidentes, sugeriu que uma política de pena uniforme é ideal, não devendo haver distinção entre o valor a ser aplicado à primeira infração e à segunda, ou seja, não há razão para estabelecer pena maior à segunda infração. Consideraram, ainda, que a propensão de indivíduos a cometer crimes é irrelevante para a imposição de pena ótima ao reincidente. Assim, a política de pena uniforme, fundamentada, exclusivamente, no cálculo do prejuízo, é ideal. POLINSKY, A. Mitchell; RUBINFELD, Daniel L. A Model of Optimal Fines

é causa de aumento de pena, fato que resulta em mudanças nos limites estabelecidos no artigo 23 (por exemplo, o art. 23, I, estabelecia um percentual de 1% a 30% e, com a caracterização da reincidência, esses limites poderão ser alterados para 2% e 60%).¹⁹⁵ Questões envolvendo a abrangência e a extensão da reincidência são importantes de ser observadas pela autoridade. Quanto à abrangência, as questões envolvem dúvidas sobre: a possibilidade de a reincidência se caracterizar a partir de prévias condenações de qualquer conduta anticompetitiva¹⁹⁶ ou somente de condutas do mesmo tipo; e a possibilidade de a reincidência ser caracterizada a partir de condenações de qualquer empresa do grupo ou da mesma entidade (ou sucessora). Em relação à extensão temporal, o CADE tem decidido no sentido de que os efeitos da reincidência estão limitados a cinco anos, após o trânsito em julgado da decisão do CADE, por analogia ao Direito Penal.¹⁹⁷ O tema da reincidência será retomado adiante.

O artigo 23 também previa que o percentual máximo para o cálculo da multa à empresa poderia ser extrapolado, caso o valor resultante fosse inferior à vantagem auferida, quando quantificável. Todavia, devido às dificuldades em se quantificar a potencial vantagem auferida pelos infratores, esse dispositivo raramente foi aplicado pelo CADE. De acordo com o ex-conselheiro Thompson Almeida Andrade,¹⁹⁸ a primeira vez que o CADE se preocupou em realizar o cálculo da vantagem auferida foi no âmbito do processo administrativo n. 08000.022579/97-05,¹⁹⁹ que não investigou prática de cartel. Este conselheiro considera o julgamento deste processo como sendo um dos mais marcantes de seu mandato. A decisão do referido processo foi pela imposição de multa, conforme voto do então conselheiro relator, Celso Fernandes Campilongo, o qual foi acompanhado pelo plenário. A “vantagem auferida” será uma das variáveis a ser observada na pesquisa de jurisprudência do CADE do capítulo 3.

for Repeat Offenders. **NBER Working Papers Series**. Cambridge, UK: National Bureau of Economic Research, n. 3.739, 1991. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w3739>>. Acesso em: 12 out. 2013.

¹⁹⁵ Cf. voto proferido pelo Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo no Processo Administrativo n. 08012.000283/2006-66, D.J. 17 dez. 2008, p. 34.

¹⁹⁶ O CADE, no âmbito do cartel dos gases (Processo Administrativo n. 08012.009888/2003-70), decidiu que a reincidência poderia ser caracterizada a partir de condenações de outros tipos de condutas. Segundo esta decisão, a lei faz referência geral a infrações da ordem econômica, não devendo haver interpretação restritiva. Vide também voto do Conselheiro Relator no Processo Administrativo n. 08012.006636/1997-43.

¹⁹⁷ O Conselheiro Relator do Processo Administrativo n. 08012.006636/1997-43 defendeu a aplicabilidade do art. 63 do Código Penal, em paralelo com o Direito Penal, já que a lei não traz detalhes sobre o instituto da reincidência.

¹⁹⁸ Entrevista de Thompson Andrade em DUTRA, Pedro. Op. cit., p. 161.

¹⁹⁹ Processo Administrativo n. 08000.022579/97-05, D.J. 27 out. 1999.

Em relação ao percentual antes imposto aos administradores (art. 23, II), Martinez²⁰⁰ entende que o fato de este percentual se associar àquele que era previsto para as pessoas jurídicas poderia caracterizá-lo como proibitivo, à medida que poderia ofender o princípio da razoabilidade e o da “capacidade contributiva” do indivíduo em sentido amplo. A vinculação do percentual da pessoa jurídica com o da pessoa física do administrador permaneceu na lei atualmente em vigor. Em razão das controvérsias envolvendo a punição de pessoa física na esfera administrativa, este tema ainda será retomado.

Estabelecido o valor da base de cálculo da multa — ou pena base —, que corresponde aos valores mínimos e máximos do artigo 23 ou o valor da vantagem auferida, acrescidos ou não da aplicação de reincidência, procede-se à análise do artigo 27 da Lei n. 8.884/1994,²⁰¹ o qual fixava parâmetros de dosimetria, por meio de circunstâncias agravantes e atenuantes da pena de multa, a saber:

I - a gravidade da infração; II - a boa-fé do infrator; III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; IV - a consumação ou não da infração; V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; VII - a situação econômica do infrator; VIII - a reincidência.

Há críticas quanto à sistematização da aplicação de determinados dispositivos de dosimetria. Por exemplo, o inciso I (gravidade da infração) não determina nenhum critério gradativo, indicando alguma ordem de grandeza, a depender do tipo de conduta anticompetitiva (e.g., leve, grave e gravíssima ou, conforme estabelecido no direito norte-americano,²⁰² nível 1, 2, 3, etc.). O inciso III, por sua vez, já estava previsto no inciso I do artigo 23, servindo de elemento balizador da pena base, não havendo necessidade de ser aplicado em duplicidade. Finalmente, o inciso VIII já estava definido no artigo 23 como elemento duplicador da pena base.

Por outro lado, alguns incisos são imprescindíveis para mensuração da pena. Por

²⁰⁰ MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit., p. 116.

²⁰¹ Referido artigo foi reproduzido com fidelidade na lei vigente (Lei n. 12.529/2011).

²⁰² De acordo com o *U.S. Sentencing Guideline*, cartéis são classificados no nível 5.

exemplo, o dispositivo que trata da boa-fé (inciso II). Por óbvio, a caracterização de uma conduta ilícita não pode ser julgada como de boa-fé; porém, esse dispositivo pode ser aplicado quando o potencial infrator cooperar com as investigações ou confessar a prática da conduta. A situação econômica do infrator (inciso VII) também é um elemento importante para dosagem da pena, principalmente em razão da importância dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da capacidade contributiva do infrator — de modo semelhante, a Comissão Europeia leva em conta a incapacidade de pagamento da pena por parte de uma empresa em um dado contexto social e econômico, conforme será apresentado adiante.

Nota-se que não há critérios de dosimetria pré-definidos. Todos os dispositivos são genéricos, não havendo método — ou congênere — para interpretação sistemática de cada inciso que trata da dosimetria da pena, de tal sorte que haja transparência e ordenamento da jurisprudência do CADE. Simplificações metodológicas como os *guidelines*, os quais já são aplicados pelo CADE em análises de atos de concentração econômica (i.e., o guia para análise econômica de atos de concentração horizontal²⁰³), podem ser um importante instrumento a contribuir com a formulação de penas, tornando-a, no que for possível, mais sistemática. Algumas jurisdições, como a europeia²⁰⁴ e a norte-americana,²⁰⁵ já vêm adotando *guidelines* para essa finalidade, conforme será visto adiante.

Considerando que o enfoque principal desta dissertação é analisar os critérios de aplicação de penas na esfera administrativa contra os cartéis clássicos, e considerando que os critérios de dosimetria têm um importante papel para a sistemática de formulação das penas cabíveis a essa conduta, todos os incisos do artigo 27 da Lei n. 8.884/1994 serão analisados como variáveis, que servirão de base para a pesquisa de jurisprudência do capítulo 3.

Adicionalmente, o artigo 24 dispunha sobre as obrigações de fazer e não fazer,

²⁰³ Expedido por meio de Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50, de 1º de agosto de 2001.

²⁰⁴ Cf. UNIÃO EUROPEIA. European Commission. 2006 Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003. **Official Journal**, C 210, 1.09.2006, p. 2-5. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/fines.html>>. Acesso em: 2.09.2013.

²⁰⁵ Cf. ESTADOS UNIDOS. United States Sentencing Commission. **2011 Federal Sentencing Guidelines Manual**. Disponível em: <http://www.ussc.gov/Guidelines/2011_Guidelines/Manual_PDF/index.cfm>. Acesso em 20 dez. 2013.

caracterizadas como sanções de natureza não pecuniária:

Art. 24. Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

I - a publicação, em meia página e às expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas;

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos;

III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;

V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Conforme se verifica do artigo transcrito, trata-se de penalidades acessórias à sanção pecuniária, devendo ser aplicadas quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral. A publicação de extrato da decisão condenatória em jornal (inciso I) costuma ser de aplicação frequente pelo CADE. Tendo em vista que as obrigações de fazer e não fazer previstas neste artigo podem surtir efeitos dissuasórios à formação de cartéis, principalmente aumentando a percepção de aplicação da lei pela sociedade, este artigo será tratado como outra variável a ser observada na pesquisa de jurisprudência do capítulo 3, razão pela qual será detalhada adiante.

Finalmente, o artigo 29,²⁰⁶ que não trata de pena propriamente dita (daí a interrogação expressa no título desta subseção), previa a possibilidade de os legitimados ingressarem em juízo para o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos com a

²⁰⁶ “Art. 29. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.”

infração da ordem econômica. A razão de o artigo 29 ter sido alocado nesta subseção é simples e didática. A uma, devido à possibilidade de reparação civil ser uma importante ferramenta de caráter repressivo da política de combate a cartéis, representando de certa forma uma consequência punitiva dessa conduta. A duas, em razão de a presente subseção se limitar a tratar dos artigos expressamente previstos na Lei n. 8.884/1994, que podem influenciar, direta ou indiretamente, na política de punição a cartéis. Assim, levando-se em conta que a reparação civil também pode representar uma ferramenta de caráter dissuasório, este assunto também será retomado adiante.

2.1.2 Artigos 37, 38, 45 e 47 (?) da Lei n. 12.529/2011

A Lei n. 12.529/2011 é a atual lei de defesa da concorrência; entrou em vigor ocorreu em 29 de maio de 2012. Essa lei trouxe mudanças substantivas e institucionais ao SBDC, inclusive nos termos dos artigos que disciplinam as infrações da ordem econômica e as sanções a elas aplicáveis.

O artigo 33 desta lei²⁰⁷ determina que serão solidariamente responsáveis pelas sanções impostas por infração da ordem econômica as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar a infração. Por sua vez, o artigo 34 dispõe que a personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver, da parte deste, abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração. O objetivo da lei foi ampliar a abrangência da responsabilidade para qualquer empresa do grupo por atos praticados por outra empresa do grupo, cabendo à jurisprudência delimitar a abrangência desses dispositivos, seja expressando os objetivos perseguidos pela autoridade, seja prescrevendo, na formulação da decisão, os elementos que devem ser levados em conta em determinadas situações.²⁰⁸

²⁰⁷ “Art. 33. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica.”

²⁰⁸ Em relação à aplicação de penas às infrações da ordem econômica, a discricionariedade da autoridade concorrencial pode servir de estratégia para os fins dissuasórios da punição, à medida que pode ampliar ou reduzir a força da aplicação de determinada regra oportunamente. Entretanto, é preciso que as autoridades estejam atentas para não extrapolarem os limites da razoabilidade e proporcionalidade das punições, pois a

Como já dito, a principal sanção administrativa é a pena de multa. O artigo 37 prevê que a prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

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

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

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

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

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

O inciso I deste artigo dispõe sobre a variação do percentual da multa aplicável à empresa (0,1% a 20%) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido no último exercício anterior à instauração do processo administrativo no ramo de atividade empresarial²⁰⁹ em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação. A lei anterior previa multa de 1% a 30% do valor do faturamento bruto da empresa no último exercício fiscal anterior à investigação, a qual nunca poderia ser inferior à vantagem auferida, quando quantificável.

Verifica-se que os percentuais que servem de base de cálculo da pena diminuíram;

discrecionabilidade é uma questão de grau.

²⁰⁹ A Resolução CADE n. 3, de 29 de maio de 2012, lista 144 ramos de atividades.

todavia, o texto da Lei n. 12.529/2011 permite que o faturamento de todo o grupo econômico seja atingido, diferentemente da Lei n. 8.884/1994, que restringia ao faturamento da pessoa jurídica praticante da infração. Entende-se que se trata de inovação salutar, à medida que, atualmente, observam-se organizações entrelaçadas societariamente, em diversos ramos de atuação, não se tratando de empresas individualizadas, mas de organizações contendo várias empresas com polos decisórios comuns.²¹⁰ Nesse caso, a inovação da lei acaba afastando as brechas para que empresas organizem estrategicamente suas atividades em diversas sociedades, a fim de que o faturamento a ser considerado para fins de aplicação de multa administrativa seja inferior ao devido. Por outro lado, a abrangência que o dispositivo impõe pode trazer discussões sobre a proporcionalidade e não confisco das multas, caso estas sejam demasiadamente elevadas.

Note-se que não há previsão no referido dispositivo — assim como na lei revogada — sobre a abrangência geográfica do faturamento, isto é, se deve ser considerado o faturamento no mercado relevante ou o faturamento total; aliás, nem mesmo há previsão se esse faturamento se restringe ao território nacional. Ainda que haja o princípio da territorialidade da aplicação da lei (artigo 2º²¹¹), o CADE, para fins do direito sancionador e em vista do caráter dissuasório da punição, poderia considerar um faturamento maior, já que a lei é omissa sobre esse ponto. Entretanto, remanesceriam diversas questões envolvendo princípios de jurisdição, princípios de proporcionalidade e não confisco da pena e, eventualmente, *bis in idem*, questões tipicamente discutíveis em âmbito judicial.

Ademais, nota-se uma breve alteração da redação da Lei n. 12.529/2011 quanto à quantificação da vantagem auferida com a infração. No texto atual há referência à vantagem auferida “passível de estimação” enquanto a lei anterior previa vantagem auferida, quando “quantificável”. Para Martinez,²¹² embora a alteração carregue um conceito de concretude maior, “O legislador poderia ter aproveitado a alteração legislativa para aperfeiçoar o texto no sentido da multa ter que corresponder a até um múltiplo (e.g. duas ou três vezes) o valor da vantagem auferida”.

²¹⁰ Cf. LAZZARINI, Sérgio G. **Capitalismo de laços**: os donos do Brasil e suas conexões. São Paulo: Elsevier, 2010.

²¹¹ Em ambas as leis (Lei n. 8.884/1994 e Lei n. 12.529/2011), o teor do artigo 2º é o mesmo: “Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.”

²¹² MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit., p. 114-115.

Nota-se, também, ligeira alteração na redação da lei atual, referente à omissão da expressão “excluídos os impostos”²¹³ contida no antigo texto do inciso I do art. 23 da Lei n. 8.884/1994.

O inciso II do artigo 37 traz patamares mais rigorosos do que aqueles da Lei n. 8.884/1994 para multa mínima e máxima. Às associações ou entidades que não exerçam atividade empresarial e para as quais é impossível utilizar o critério do faturamento para o cômputo da penalidade, houve alteração significativa, uma vez que o antigo artigo 23, III, da Lei n. 8.884/1994 previa multa de 6.000 a 6.000.000 Ufir e o atual artigo 37, II, da Lei n. 12.529/2011 passou a prever R\$ 50.000,00 a R\$ 2.00.000.000,00. Esta multa se aplica também às demais pessoas físicas envolvidas na infração que não detêm poder de administração da empresa condenada ou da associação ou entidade.

O inciso III do artigo 37, conforme já dito, manteve a vinculação do percentual da pessoa jurídica com o da pessoa física do administrador. O percentual na lei atual passou a variar de 10% a 20% da multa “aplicada” à empresa e não mais “aplicável”²¹⁴ à empresa, conforme redação do artigo 23, II, da Lei n. 8.884/1994. Ainda, o inciso III do artigo 37 inovou ao impor a necessidade de comprovação de culpa ou dolo para a aplicação de multa ao administrador. Inovou, também, o artigo 37, II, ao introduzir disposição específica aos administradores de associação ou entidades, prevendo multa de 1% a 20% da penalidade aplicável à associação ou entidade.

A reincidência foi reproduzida no mesmo sentido da lei anterior, i.e., resulta na aplicação em dobro das multas.

Os critérios de dosimetria, fixados no artigo 45 da Lei n. 12.529/2011, foram reproduzidos com fidelidade à lei anterior:

²¹³ Vale notar que, na decisão do Processo Administrativo n. 08012.009888/2003-70, o CADE entendeu que devem ser excluídos, para o cômputo da multa, somente os impostos e não os tributos, em interpretação literal do dispositivo.

²¹⁴ Vale notar que o vocábulo “aplicável” foi a válvula de escape na fixação das penas aos administradores das empresas condenadas no Processo Administrativo n. 08012.009888/2003-70, pois, como o percentual aplicado às empresas atingiu patamares elevados, o CADE decidiu aplicar menor percentual de multa previsto para o administrador (10%) sobre o menor percentual de multa aplicável à empresa (1%). Essa discricionariedade do CADE deixou de existir na Lei n. 12.529/2011.

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

- I - a gravidade da infração;
- II - a boa-fé do infrator;
- III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- IV - a consumação ou não da infração;
- V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;
- VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;
- VII - a situação econômica do infrator; e
- VIII - a reincidência.

Quanto às obrigações acessórias de natureza não pecuniária, a Lei n. 12.529/2011 prevê em seu artigo 38:

Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

- I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;
- II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;
- III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;
- IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:
 - a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;
 - b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;
- V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;
- VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e
- VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

As alterações introduzidas neste dispositivo, em relação à lei anterior, se relacionam a:

- i. A imposição do inciso IV, “a”, ficou mais limitada, uma vez que a redação atual

prevê a recomendação aos órgãos públicos de concessão de “licença compulsória de direito de propriedade intelectual do infrator, em casos em que a infração estiver relacionada ao uso desse direito”, enquanto o dispositivo da lei anterior previa que a recomendação aos órgãos públicos competentes fosse relacionada à concessão de “licença compulsória de patentes de titularidade do infrator” (artigo 24, IV, “a”);

- ii. Introdução do inciso VI, que prevê a proibição de exercício de comércio em nome próprio ou como representante da pessoa jurídica, pelo prazo de cinco anos;²¹⁵ e
- iii. Introdução do inciso VII, exemplificativo, no sentido de que pode ser determinado qualquer outro ato ou providência necessário para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.²¹⁶

Finalmente, sobre o artigo 47, nota-se uma ligeira mudança com relação ao artigo 29 da Lei n. 8.884/1994, uma vez que este omitia o termo “inquérito” na parte final do dispositivo, a saber:

Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

2.2 Experiência internacional: sistemas de punição a cartéis

Como já mencionado, a partir de 1990 algumas jurisdições, entre elas a jurisdição norte-americana e a europeia, passaram a dar prioridade ao combate a cartéis — principalmente os cartéis internacionais —, ocasião em que foram implementadas

²¹⁵ Para Martinez: “Foi uma reação à conduta de alguns condenados de constituir nova sociedade para participar de licitações e, assim, escapar indiretamente da sanção do CADE, que a nova lei introduziu a possibilidade de o CADE proibir o condenado de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos. Apesar de o dispositivo ter sido originalmente concebido para garantir a eficácia da sanção relativa à proibição de participar em licitações, ele pode vir a ser utilizado pelo CADE para proibir indivíduos de exercerem altos cargos com poderes para representar a companhia pelo prazo previsto na norma.” (MARTINEZ, Ana Paula. op. cit., p. 121-122).

²¹⁶ Para Martinez, a introdução desse dispositivo “não dá poderes à autoridade para criar outras formas de sanções. Não é razoável supor que o legislador tenha dado poderes irrestritos para que o órgão estabelecesse quais outras sanções se fazem necessárias para cada caso específico de infração à ordem econômica. Prova disso é que a lei faz referência a ‘ato ou providência’, dando um sentido executivo — comunicação da decisão a outros, por exemplo — e não sancionatório ao dispositivo.” (MARTINEZ, Ana Paula. op. cit., p. 122).

ferramentas sofisticadas de investigação (como os programas de leniência) e pesadas multas começaram a ser cominadas contra essa conduta.

Em razão de as jurisdições norte-americana e europeia serem, histórica e tradicionalmente, referenciadas como jurisdições desenvolvidas e pioneiras no combate a cartéis, esta seção despenderá atenção para os sistemas de combate a cartéis destas jurisdições, com destaque para o desenho institucional, as principais ferramentas utilizadas para detecção e, principalmente, a política de punição, levando em conta as variáveis e o método que influenciam na formulação das penas. Busca-se, com estes elementos, a obtenção de parâmetros para a análise do sistema brasileiro de combate a cartéis e, principalmente, de punição de cartéis, nos termos do recorte estabelecido nesta dissertação. Cabe observar que esta análise não consiste em uma pesquisa de direito comparado, mas sim em uma ligeira análise das “*best practices*” do sistema repressivo de cartéis dessas jurisdições, que possam dar suporte a este trabalho, resguardadas as particularidades do regime antitruste brasileiro.

2.2.1 Comissão Europeia

*As regards the fines and the level of our fines, it is true that the level has increased quite substantially since we introduced new fining guidelines a couple of years ago. We recognize that the level of our fines was clearly not deterrent beforehand, so we had to increase it in order to increase the deterrence. I would say that the absolute level of the fines may sound astronomical, but it is not so important per se because we are very often looking at quite a large group of offenders with very large turnovers. So I think that has to be related to the turnovers of the companies.*²¹⁷

Primeiro, cabe situar a estrutura organizacional da União Europeia (UE). O Tratado de Roma de 1957 estabeleceu o que é conhecido por União Europeia, composta atualmente por vinte e sete Estados-membros. O Tratado de Roma foi renomeado para “Tratado de

²¹⁷ Discurso de Alexander Italianer, Diretor Geral de Concorrência da Comissão Europeia. Encontro da Seção de Direito Antitruste da American Bar Association: “*Spring Meeting*”, realizado em Washington, D.C, em 23 de abril de 2010. Em tradução livre: “Com relação às multas e ao nível de nossas multas, é verdade que o nível tem aumentado substancialmente desde que nós introduzimos o novo guia de multas dois anos atrás. Nós reconhecemos que o nível de nossas multas anteriores foi claramente não dissuasório, então nós tivemos que aumentá-lo, visando aumentar a dissuasão. Eu diria que o nível absoluto de multas pode soar astronômico, mas isto não é tão importante *per se* porque nós estamos com frequência olhando para grandes grupos de ofensores com faturamentos muito elevados. Por isso, eu entendo que [as multas] têm que estar relacionadas com o faturamento das empresas.”

Funcionamento da União Europeia” (do inglês, “The Treaty on the Functioning of the European Union” – TFEU), de acordo com o Tratado de Lisboa, em 1º de dezembro de 2009. Esse documento dispõe sobre as regras aplicáveis ao funcionamento da União Europeia, bem como sobre as regras de direito da concorrência aplicáveis nesse território como um todo (dispostas no artigo 101 e 102 do TFEU). As autoridades responsáveis pela política de defesa da concorrência são a Comissão Europeia e o Poder Judiciário, os quais visam à defesa de um único mercado. Há, ainda, as autoridades de concorrência nacionais (denominadas, em inglês, por “National Competitions Authorities” – NCAs), as quais, embora procurem se pautar nas regras previstas no TFEU, podem dispor sobre regras distintas daquelas aplicadas pela Comissão (a autoridade nacional do Reino Unido, por exemplo, tem um sistema próprio de concorrência, com política bastante particular, especialmente para o combate a cartéis), o que pode resultar em decisões conflitantes entre a Comissão, NCAs e o Judiciário.

A estrutura da União Europeia se divide em: Conselho da União Europeia (órgão legislativo supremo da UE); Comissão Europeia (o núcleo da política de concorrência da UE; situada em Bruxelas, é composta por uma diretoria especificamente responsável pela política de concorrência, i.e., DG COMP); Tribunal Geral (responsável por avaliar a legalidade das decisões da Comissão, conforme previsões do TFEU); Tribunal de Justiça (responsável pela análise dos recursos do Tribunal Geral, bem como por pontos específicos dos tribunais nacionais); Comitê Consultivo de práticas restritivas e de posições dominantes, composto por funcionários das NCAs dos Estados-membros (do inglês, “Advisory Committee on Restrictive Practices and Dominant Positions”); Comitê Consultivo de análise de concentrações econômicas, composto por funcionários das NCAs dos Estados-membros (do inglês, “Advisory Committee on Concentrations”); tribunais nacionais; Parlamento e Comitê Econômico e Social (do inglês, “Economic and Social Committee” – ECOSOC), os quais são consultados em matérias de política da concorrência e podem influenciar, por exemplo, um processo legislativo da CE em relação a um caso específico; e a Área Econômica da Europa²¹⁸ (do inglês, “European Economic Area” – EEA), que prevê em seu documento oficial, o “EEA Agreement”, regras de

²¹⁸ Em 21 de outubro de 1991 foi assinado acordo entre a UE e seus Estados-Membros e os Estados-Membros da Associação de livre comércio da Europa (denominada, em inglês, por European Free Trade Association - ETFA), para estabelecer a área econômica da Europa (EEA). A EEA é composta pelos Estados-Membros da União Europeia, além de Noruega, Islândia e Liechtenstein.

concorrência, que são parecidas com aquelas previstas no TFEU.

Especificamente sobre as condutas anticompetitivas, a Comissão Europeia trata essas infrações como sendo somente ilícitos civis cometidos por entidades empresariais. Já foi visto que os cartéis são analisados pela Comissão Europeia como condutas anticompetitivas pelo objeto e não pelo efeito que possam produzir. Não há previsão criminal de infração concorrencial, bem como não há punição da pessoa física, diferentemente de alguns sistemas concorrenciais dos Estados-membros da União Europeia, os quais preveem punição criminal a cartéis, com algumas punições voltadas à pessoa física praticante da conduta de cartel, conforme será visto adiante.

O amadurecimento jurídico-institucional da política de combate a cartéis na Europa foi dividido em quatro fases, de acordo com McGowan:

Período 1: 1962–1972, pesquisar o terreno e “guerra artificial” (ou, da expressão em inglês: “*Phoney War*”). (Regulamento n. 17, ação visando investigações de iniciativas próprias, primeiras multas). Estilo da Comissão: hesitante, resposta incompleta, mas com sinais de atividade em ascensão.

Período 2: 1973–1984, inspeções e impasse. Primeira utilização de busca e apreensão, mais cartéis descobertos, crise dos cartéis. Estilo da Comissão: ainda hesitante e com alguma retração.

Período 3: 1985–1998, tomar a iniciativa. Aumento de multas. Programa de Leniência. Estilo da Comissão: Liderança, amadurecimento, cada vez mais ativa.

Período 4: 1999–presente, modernização e combate (“*Decussis Mirabilis*”). Regulamento n. 1/2003. Descentralização, modernização, atualização das orientações para o Estabelecimento de Multas. Novo Procedimento de Acordo. Livros Verde e Branco para Ações Privadas. Reorganização interna. Estilo da Comissão: Pró-ativa e crescentemente inovadora.²¹⁹

²¹⁹ Tradução livre do original: “Period 1: 1962–1972, Surveying the Terrain and the ‘Phoney War’ (Reg17, move to own initiative investigations, first fines)

Commission style: Hesitant, patchy response but growing signs of activity

Period 2: 1973–1984, Forays and Stalemate

First use of dawn raids, further cartels discovered, crisis cartels

Commission style: still hesitant and some retrenchment

Period 3: 1985–1998, Seizing the Initiative

Fines increasing, Leniency Programme

Commission style: Leadership, comes of age, increasingly active

Period 4: 1999–presente, Modernisation and Combat (*Decussis Mirabilis*)

Reg1/2003, Decentralisation, Modernisation, revised Guidelines for Setting Fines, New Settlement Procedure, Green and White Papers on Private Actions, Internal reorganization.

Commission style: Pro-active and increasingly innovative.” (MCGOWAN, Lee. **The Antitrust Revolution in Europe**: Exploring the European Commission’s Cartel Policy. Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA:

Assim, verifica-se uma ascensão da Comissão Europeia no combate aos cartéis a partir do referido “Período 3”, em que foi instituído o programa de leniência e as punições começaram a crescer. O primeiro programa de leniência da Comissão Europeia teve início em julho de 1996 e durou até fevereiro de 2002.²²⁰ Nesse período, foram condenados dezesseis cartéis a partir de denúncias feitas por meio desse programa.²²¹ Em 2002,²²² foi proclamado o segundo programa de leniência, o qual fez alterações no sentido de a imunidade ser automática e a redução das multas se alinhar ao momento da cooperação. Finalmente, em dezembro de 2006,²²³ entrou em vigor o terceiro programa de leniência, mas este teve tímidas alterações em relação ao segundo. Todas essas alterações no programa fazem parte do aprendizado das autoridades sobre o desenho mais eficiente de uma dada política, daí a necessidade de alguns experimentos e tentativas.

O programa de leniência, que está atualmente em vigor, permite que mais de um membro do cartel seja beneficiado pelo programa.²²⁴ Entretanto, não será aplicada imunidade para os membros do cartel que obrigaram outros a participar da conduta ilícita. Além disso, aquele que não for qualificado para receber imunidade poderá ter redução de 30% a 50% da pena; o segundo, de 20% a 30%; e os demais até 20%.

Ao contrário do programa de leniência norte-americano, o programa da Comissão Europeia²²⁵ não oferece garantias ao signatário do acordo quanto à reparação civil, o que acaba por trazer insegurança aos signatários da leniência, que estarão sujeitos a eventuais multas a título de indenização, as quais podem alcançar valores relevantes. Ademais, há algumas diferenças entre o programa de leniência da Comissão Europeia e os programas

Edward Elgar, 2010).

²²⁰ Cf. UNIÃO EUROPEIA. European Commission. 1996 Commission Notice on the Non-imposition or Reduction of Fines in Cartel Cases. **Official Journal**, C 207, 18 jul. 1996, p. 4-6. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html>. Acesso em: 20 dez. 2013.

²²¹ CONNOR, John M. Has the European Commission become more severe in punishing cartels? Effects of the 2006 Guidelines. **European Competition Law Review**, v. 32, n. 1, p. 27-36, 2011.

²²² Cf. UNIÃO EUROPEIA. European Commission. 2002 Commission Notice on Immunity from Fines and Reduction of Fines in Cartel Cases. **Official Journal**, C 45, 19 fev. 2002, p. 3-5. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html>. Acesso em: 20 dez. 2013.

²²³ Cf. UNIÃO EUROPEIA. European Commission. 2006 Commission notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases. **Official Journal**, C 298, 8 dez. 2006, p. 17. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html>. Acesso em: 15 set. 2013.

²²⁴ Note-se que o programa de leniência da Comissão Europeia é aplicado somente a condutas de cartel.

²²⁵ Cf. ESTADOS UNIDOS. US Department of Justice. **Corporate Leniency Policy**, 10 ago. 1993. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0091.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2013.

dos Estados-membros, por exemplo: (i) o programa do Reino Unido (denominado “Office of Fair Trading’s Leniency Programme”) não é aplicado somente para condutas de cartel como o da Comissão Europeia, a autoridade de concorrência do Reino Unido (denominada por “The Office of Fair Trading” – OFT) considera o cartel como crime e prevê a imunidade do signatário do acordo de leniência em investigações criminais e o OFT prevê a desqualificação profissional da pessoa física praticante de cartel, sanção esta que não se aplica aos signatários do acordo de leniência; (ii) no programa da Alemanha, a autoridade de concorrência da Alemanha (denominada por “*Bundeskartellamt*”) considera somente o cartel em licitação como crime, mas não há garantias ao signatário do acordo de leniência quanto à investigação criminal e a imunidade não é aplicada aos líderes do cartel e àqueles que obrigaram outros concorrentes a participar da infração; e (iii) os Estados-membros da UE preveem “leniência *plus*”, além de preverem penas às pessoas físicas e punição criminal da conduta de cartel.

Além da leniência, as autoridades dispõem, basicamente, de duas ferramentas para obtenção de provas da infração concorrencial: o poder de requerer informações necessárias e relevantes das empresas (as informações também podem ser fornecidas por terceiros, i.e., consumidores, concorrentes, fornecedores, etc.) e o poder de realizar inspeções nas empresas e busca e apreensão. Os artigos 20 e 21 do Regulamento da Comissão Europeia n. 1/2003 dispõem sobre a possibilidade de as NCAs auxiliarem a condução das inspeções da Comissão. As NCAs também podem conduzir inspeções em seus territórios em nome da Comissão ou de outra NCA (artigo 22 do Regulamento n. 1/2003). Há previsões neste Regulamento dispoendo sobre as regras de troca de informações entre as autoridades da União Europeia. A CE, ainda, prevê o estabelecimento de acordos em investigações de cartel, os quais são importantes para reduzir o número de recursos aos tribunais, acerca das decisões da CE, e servem para complementar o programa de leniência.

A modernização da política de combate a cartéis da Comissão Europeia também refletiu na cominação de pesadas multas. Para tanto, a CE adotou guias com métodos para o cálculo de multas contra infrações anticoncorrenciais em geral, ou seja, infrações previstas no artigo 101 e 102 do TFEU. O primeiro guia foi editado em 1998²²⁶ e o

²²⁶ Cf. 1998 UNIÃO EUROPEIA. European Commission. 1998 Guidelines on the Method of Setting Fines Imposed Pursuant to Article 15 (2) of Regulation No 17 and Article 65 (5) of the ECSC Treaty fines. **Official**

segundo foi editado em 2006,²²⁷ o qual permanece em vigor. De acordo com Connor,²²⁸ o novo guia da Comissão Europeia (“2006 Guidelines”) aumentou a severidade das multas em relação ao guia anterior (“1998 Guidelines”),²²⁹ além de ser notável que as multas da CE estão mais elevadas do que as multas que vêm sendo aplicadas pelo DOJ.

Com o aumento no valor das multas impostas pela Comissão Europeia nos últimos anos, houve reação dos advogados e executivos no sentido de que a severidade dessas multas tem natureza criminal e que a estrutura institucional e procedimental em que as multas têm sido aplicadas pela Comissão Europeia, o que acaba por culminar na revisão pelo Poder Judiciário europeu, não é compatível com a Convenção Europeia de Direitos Humanos (do inglês, “European Convention on Human Rights” – ECHR). Diante disso, Wils²³⁰ se manifestou contrariamente a essas alegações, defendendo que não há afronta aos princípios da ECHR, bem como notou que o Judiciário tem poderes ilimitados para fazer a revisão das decisões impostas pela Comissão Europeia, salientando que o Judiciário costuma concordar com o método utilizado pela Comissão, ainda que faça a sua própria avaliação sobre a multa apropriada a ser imposta.

Nesse sentido, Combe e Monnier²³¹ realizaram estudo, já citado, intitulado “Fines Against Hard Core Cartels in Europe: The Myth of Over Enforcement”, baseado em uma amostra de 64 cartéis condenados pela Comissão Europeia de 1975 a 2009. O método utilizado no estudo permitiu estimar o caráter compensatório e dissuasório das penas impostas a cartéis, por meio de variáveis microeconômicas analisadas caso a caso, comparando o nível de pena aplicada aos participantes do cartel com o ganho ilícito obtido

Journal, C 9, 14.01.1998, p. 3-5. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/fines.html>>. Acesso em: 2 set. 2013.

²²⁷ Cf. UNIÃO EUROPEIA. European Commission. 2006 Guidelines on the method of setting fines... Op. cit.

²²⁸ Cf. CONNOR, John M. Has the European Commission... Op. cit.

²²⁹ De acordo com a análise de Connor, a média de multas aplicadas, em uma amostra de 13 cartéis julgados com base no guia de 2006 (“2006 Guidelines”), foi 141% maior que a média de multas cominadas sob o guia de 1998 (“1998 Guidelines”), em uma amostra de cartéis julgados no período de 1999-2009. Isto, provavelmente, deve-se, em parte, ao aumento das médias das vendas afetadas e, de outra parte, às previsões mais severas no novo guia. A média de percentual impostas, referente às vendas afetadas (que varia de acordo com o novo guia, de 15% a 30%), é de 16% a 17% de acordo com a análise de Connor. (CONNOR, John M. Has the European Commission... Op. cit.).

²³⁰ WILS, Wouter P. J. The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review and the European Convention on Human Rights. **World Competition**, v. 33, n. 1, p. 5-29, mar. 2010. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1492736>. Acesso em: 20 dez. 2013.

²³¹ COMBE, Emmanuel; MONIER, Constance. Op. cit.

pelas empresas, para que pudesse ser estimado o carácter compensatório e dissuasório das penas em cada caso. De acordo com os resultados desse estudo, as penas impostas a cartéis pela Comissão Europeia são, em geral, sub-ótimas, independentemente da probabilidade de detecção da conduta.

As multas de que trata o guia da Comissão Europeia (“2006 Guidelines”), estão estabelecida no artigo 23, n. 2, alínea “a”, do Regulamento da Comissão Europeia n. 1/2003. Referido guia estabelece o método para fixação de penas, o qual pode ser dividido em duas etapas: (i) a determinação do montante base para cada empresa ou associação de empresas; e (ii) os ajustes do montante base para cima ou para baixo (ou melhor, as agravantes ou as atenuantes).²³²

Em relação à etapa (i), para determinação do montante base, a Comissão aplicará método relacionado a uma proporção do valor das vendas, fundamentado no grau de gravidade da infração, e multiplicará esse valor pelo número de anos da infração. A gravidade da infração será analisada a partir das circunstâncias relevantes do caso concreto (e.g., natureza da infração; a parcela de mercado atingida pela conduta; a dimensão geográfica da conduta; e se a infração foi consumada). Por sua vez, o percentual relativo ao valor das vendas se limitará a 30%; Connor²³³ sugere, por meio de pesquisas empíricas, que a média de percentual imposta pela CE, referente às vendas afetadas, gira em torno de 16% a 17%. Em relação ao número de anos da infração, a Comissão entende que períodos inferiores a um semestre serão contados como meio ano e os períodos superiores a seis meses, mas inferiores a um ano, serão contados como um ano completo.

Ainda, independentemente da duração da participação de uma empresa na infração, a Comissão incluirá no montante base uma soma compreendida entre 15% e 25% do valor de vendas, como carácter dissuasório da pena. A CE considera o carácter dissuasório específico, i.e., aquele que leva em conta um caso concreto; e o carácter dissuasório geral, i.e., aquele que visa a dissuadir outras empresas de iniciarem comportamentos ilícitos, como as infrações concorrenciais.

²³² Para entender o passo a passo desse método, cf. documento oficial da União Europeia: UNIÃO EUROPEIA. Orientação para o cálculo das coimas... Op. cit.

²³³ CONNOR, John M. Has the European Commission... Op. cit.

Quanto à etapa (ii), a Comissão deve levar em conta as circunstâncias que resultam no aumento ou redução de pena.

Dentre as circunstâncias agravantes, serão consideradas:

- a reincidência e/ou a continuidade da infração;
- a recusa de cooperar com a investigação; e
- o papel de líder ou instigador da infração. A Comissão prestará especial atenção a qualquer medida tomada para fazer outras empresas participar na infração e/ou a qualquer medida de retaliação tomada contra outras empresas que deixaram de respeitar as regras da infração.

Dentre as circunstâncias atenuantes, serão consideradas:

- a cessação da infração (esta atenuante não se aplica a acordos ou práticas de natureza secreta, como os cartéis);
- a negligência;
- a reduzida participação na conduta e a demonstração de que, mesmo durante o período em que aderiu à prática ilícita, adotou comportamento concorrencial no mercado (provar simplesmente que teve participação reduzida não se aplica a essa atenuante, já que a duração da infração já é uma previsão do montante base);
- a cooperação com as investigações; e
- se o comportamento anticoncorrencial foi autorizado pelas autoridade públicas ou regulamentação.

Ademais, sempre que for possível calcular o valor do lucro da infração, a Comissão poderá aumentar o valor da pena, principalmente para fins dissuasórios.

O limite máximo das penas, para cada empresa e associação de empresas que participam na infração, não excederá 10% do volume de negócios total do grupo, referente ao exercício anterior à infração. Sempre que a infração cometida por uma associação se referir às atividades dos seus membros, a pena não excederá 10% da soma do volume de

negócios total de cada membro ativo no mercado, cujas atividades forem afetadas pela infração da associação.

Finalmente, em circunstâncias excepcionais, a Comissão pode levar em conta a incapacidade de pagamento da pena por parte de uma empresa em um dado contexto social e econômico. A Comissão não concederá qualquer redução de pena apenas com base na mera constatação de uma situação financeira desfavorável ou deficitária; só poderá ser concedida uma redução com base em provas objetivas de que a aplicação de uma pena poderia pôr em perigo a viabilidade econômica da empresa e de que seus ativos poderiam ficar privados de qualquer valor.

A CE possui discricionariedade, seja para dosar a aplicação de cada etapa prevista no guia, seja para não seguir todo o método previsto no guia. Essa discricionariedade deve ser justificada pela autoridade, com base nas especificidades de um dado processo ou com base na necessidade de atingir um nível dissuasório particular. Ademais, a discricionariedade da autoridade não é ilimitada, notadamente em razão de o guia garantir o princípio da igualdade.

O organograma a seguir ilustra as etapas do guia de fixação de penas da Comissão Europeia, para melhor compreensão²³⁴:

²³⁴ Para explicação detalhada do “2006 Guidelines”, cf. WILS, Wouter P. J. The European Commission’s 2006 Guidelines... Op. cit.

Figura 3 - Etapas do cálculo da multa na CE²³⁵

Em síntese, estas etapas podem ser impressas na seguinte equação:

M (multa) = PB (pena base) + A (agravante) – a (atenuante) – L (leniência) + D (dissuasão) – C (capacidade da empresa)

A Comissão entende que o propósito das penas tem caráter dúplice: impor a sanção pecuniária às empresas praticantes da infração de modo que previna a reincidência e fazer com que o conteúdo da lei seja mais eficaz.²³⁶

Há, ainda, previsão de ações privadas para ressarcimento de danos resultantes de condutas anticompetitivas, perante os tribunais nacionais e os Estados-membros. Porém, tais ações não são tão frequentes como se verifica na jurisdição norte-americana. O Livro Verde (do inglês, “Green Paper”²³⁷), emitido em 2005, foi o primeiro documento a estabelecer as opções para propositura desse tipo de ação. E, em 2008, foi emitido o Livro

²³⁵ Elaboração própria.

²³⁶ Cf. UNIÃO EUROPEIA. European Commission. **Thirteenth Report on Competition Policy**. Op. cit.

²³⁷ Cf. UNIÃO EUROPEIA. Commission of the European Communities. **Green Paper: Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules**, 19 dez. 2005. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2005/com2005_0672en01.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2013.

Branco (do inglês, “White Paper”²³⁸), contendo as recomendações da Comissão para tornar a propositura dessas ações mais eficiente. Dentre as recomendações do Livro Branco destacam-se: pequenas causas individuais deveriam ser agrupadas por representantes, e.g., por grupos de consumidores; decisões finais das autoridades de concorrência deveriam ser suficientes como prova do dano da infração perante os tribunais nacionais; signatários da leniência deveriam gozar de proteção contra a divulgação das declarações da empresa envolvida na infração, etc.

Recentemente, em 11 de junho de 2013, a UE publicou proposta de Diretiva²³⁹ relativa a certas regras que regem as ações de indenização no âmbito do direito nacional por infração às regras da concorrência dos Estados-membros e da União Europeia. Esta proposta envolve questões de acesso a documentos provenientes de leniência e a harmonização das regras de acesso a tais documentos a nível da União Europeia. A importância dessa discussão diz respeito ao fato de que, embora as ações de indenização tenham sua relevância para a política de concorrência, há, também, de se preservar o instituto da leniência, que contribuiu para o sucesso na identificação e sanção de cartéis.²⁴⁰

2.2.1.1 Autoridades concorrenciais nacionais: o sistema do Reino Unido

Todos os Estados-membros da União Europeia possuem sistemas de direito da concorrência (as denominadas NCAs). A maioria das autoridades nacionais aplicam regras em conformidade com os artigos 101 e 102 do TFEU. São comuns conflitos na aplicação de regras da Comissão Europeia com aquelas das autoridades nacionais; porém, esta dissertação não se aprofundará na análise desses conflitos, dada a amplitude desse tema.²⁴¹

Conforme já visto, embora as NCAs tentem aproximar as suas regras de direito da

²³⁸ Cf. UNIÃO EUROPEIA. Commission of the European Communities. **White Paper on Damages Actions for breach of the EC antitrust rules**, 2 abr. 2008.

²³⁹ UNIÃO EUROPEIA. European Commission. **Proposal for a Directive of the European Parliament And of the Council on Certain Rules Governing Actions for Damages Under National Law for Infringements of the Competition Law Provisions of the Member States and of the European Union**. Strasbourg, 11 jun. 2013. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:EN:PDF>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

²⁴⁰ Cf. TAVARES, Mariana. A proteção dos documentos de leniência no âmbito de ações de indenização por violação das regras de concorrência na União Europeia. **Revista de Defesa da Concorrência**, n. 2, p. 32-44, nov. 2013.

²⁴¹ Para detalhes sobre esse tema, cf. WHISH, Richard; BAILEY, David. op. cit.

concorrência com as da Comissão Europeia, verifica-se que há alguns sistemas com diferenças substantivas e institucionais em relação à Comissão, sobretudo quanto às regras atinentes às condutas anticompetitivas. Para que este trabalho não desvie seu enfoque, será analisado somente um sistema nacional de direito da concorrência, pois a análise de todos os sistemas nacionais da União Europeia mereceria um trabalho exclusivamente dedicado a esse tema.

O sistema a ser analisado nesta dissertação é o sistema do Reino Unido, cuja autoridade concorrencial é o “The Office of Fair Trading” ou “OFT”.²⁴² A escolha pelo OFT diz respeito ao fato de esse sistema prever punição criminal dos praticantes de cartel, bem como punições específicas à pessoa física. Essas previsões serão úteis para este trabalho, especialmente em vista de o ordenamento jurídico brasileiro também dispor de punição administrativa e criminal às pessoas físicas. Imprescindível notar que esta dissertação levará em conta o fato de que a estrutura organizacional de ambas as jurisdições (i.e., Reino Unido e Brasil) são bastante diversas, o que merece cautela na análise, não se pretendendo realizar um trabalho de direito comparado, conforme já mencionado.

As previsões substantivas e institucionais do direito de defesa da concorrência do Reino Unido estão dispostas, basicamente, em dois documentos: “The Competition Act 1998” (CA 1998)²⁴³ e “The Enterprise Act 2002” (EA 2002),²⁴⁴ cujas provisões estão em conformidade com o Regulamento da Comissão Europeia n. 1/2003 (note-se que o Reino Unido tem competência para aplicar o TFEU). O “Competition Act 1998” dispõe sobre as infrações de cartel no capítulo 1, sob o âmbito civil, alinhando-se ao artigo 101 do TFEU. O “Enterprise Act 2002” contém previsões sobre: os crimes de cartel (do inglês, “*cartel offence*”), os quais resultam em prisão de até cinco anos e multa (seção 188 a 202, parte 6 do EA 2002); a desqualificação profissional do diretor da empresa que estava ciente ou deveria estar ciente da infração à lei de defesa da concorrência cometida pela empresa; as

²⁴² Vale notar que o OFT não é somente autoridade concorrencial, mas também tem outras numerosas responsabilidades voltadas para relações de consumo.

²⁴³ REINO UNIDO. The National Archives. **Competition Act 1998**. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/41/contents>>. Acesso em: 07 set. 2013.

²⁴⁴ REINO UNIDO. The National Archives. **Enterprise Act 2002**. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/40/contents>>. Acesso em: 07.09.2013.

ações privadas relacionadas ao direito da concorrência, entre outras previsões.²⁴⁵

O direito da concorrência no Reino Unido é composto por algumas instituições, entre elas: o OFT; alguns setores regulados envolvendo o mercado de comunicação, eletricidade e gás, aviação civil, etc.; a Comissão de Concorrência (Competition Commission – CC); o Tribunal de Apelação de Concorrência (Competition Appeal Tribunal – CAT); e os tribunais civil e criminal.²⁴⁶

Os poderes de investigação do OFT são similares aos da Comissão Europeia. O OFT publicou guia sobre seus poderes de investigação (denominado “OFT Powers of Investigations” – OFT 404)²⁴⁷ e, em março de 2011, publicou o guia sobre os procedimentos de investigação em casos de concorrência (denominado “CA 1998 Procedural Guidance” – COFT 1263).²⁴⁸ As investigações civis de cartel, reguladas pelo CA 1998, podem ocorrer paralelamente às investigações criminais, que são reguladas pelo EA 2002.

Além disso, o OFT também dispõe de um programa de leniência.²⁴⁹ Há algumas diferenças entre os programas de leniência do OFT e da CE, principalmente em razão de o OFT prever punição criminal e pena de desqualificação profissional. O programa do OFT, por exemplo, indica alguns tipos de signatários da leniência, quais sejam: imunidade tipo A (garante a imunidade civil e criminal, para investigações ainda não iniciadas pela autoridades, aos primeiros candidatos à leniência); imunidade tipo B (há discricionariedade na aplicação de imunidade civil e criminal, para investigações que já haviam sido iniciadas pela autoridades, aos primeiros candidatos à leniência); leniência tipo B (garante redução da pena, mas não a imunidade, aos primeiros candidatos, em investigações civis e

²⁴⁵ Há também previsões envolvendo análise de concentrações e investigações envolvendo condutas de abuso de poder de mercado.

²⁴⁶ Para entender a atuação de cada um dessas instituições, vide WHISH, Richard; BAILEY, David. Op. cit.

²⁴⁷ REINO UNIDO. Office of Fair Trade. **Powers of Investigation**. Disponível em: http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/ca98_guidelines/oft404.pdf. Acesso em: 07.09.2013. Há também guia dos procedimentos de investigação do OFT, em casos de concorrência, publicado em outubro de 2012: REINO UNIDO. Office of Fair Trade. **A Guide to the OFT's Investigation Procedures in Competition Cases**. Disponível em: http://www.offt.gov.uk/shared_offt/policy/OFT1263rev. Acesso em: 7 set. 2013.

²⁴⁸ REINO UNIDO. Office of Fair Trade. **Competition Act 1998 Procedures Guidance**. Disponível em: <http://www.offt.gov.uk/about-the-offt/legal-powers/legal/competition-act-1998/ca98-procedures-guidance#.UivZX9I3uSo>. Acesso em: 7 set. 2013.

²⁴⁹ Há previsões do programa de leniência nos seguintes documentos do OFT: “Penalty Guidance”; “2003 No-action Guidance”; e “2008 Leniency Guidance”.

criminais já iniciadas); leniência tipo C (garante redução de até 50% da pena, àqueles que não forem os primeiros candidatos, em investigações civis e criminais já iniciadas); imunidade corporativa (a imunidade é garantida apenas à investigação civil, não à criminal); e imunidade individual (garantida imunidade criminal a um ou mais indivíduos, mas não relacionada à imunidade tipo A e B).

Entretanto, o diretor-chefe do Grupo de Punição Civil e Criminal de Cartel do OFT (denominando “OFT’s Cartels and Criminal Enforcement Group” – CCEG), Ali Nikpay,²⁵⁰ manifestou-se no sentido de que a leniência não é a única ferramenta para detecção de cartel, principalmente considerando que a leniência tende a ocorrer nos últimos estágios do cartel, quando este está instável, em decadência. Diante disso, Ali Nikpay informou que se estão despendendo recursos para desenvolver o centro de inteligência de detecção de cartéis e que, desde outubro de 2009, quase metade dos processos de cartel foram instaurados por meio dos recursos do centro de inteligência.

A fim de complementar os instrumentos de investigação de cartéis e, por conseguinte, a política de combate a cartéis, o OFT também dispõe de acordos denominados “*settlements*”, “*early resolution agreement*”, “*fast track*” ou “*direct settlements*”, em que os signatários do acordo devem colaborar com as investigações e pagar uma contribuição pecuniária e, em troca, terão o encerramento da investigação contra si. Tais acordos são semelhantes aos TCCs da legislação antitruste brasileira.

Com relação às sanções civis aplicáveis aos cartéis pelo OFT, há duas previsões: (i) penas pecuniárias (artigos 36 a 41 do CA 1998); e (ii) desqualificação dos diretores da empresa praticante do cartel, para o exercício de diretoria de qualquer empresa por até quinze anos (seção 204 do EA 2002). Aos olhos do OFT, a combinação dessas penalidades surte efeitos dissuasórios positivos.

Em relação às penas pecuniárias, o OFT publicou dois documentos denominados: “The Enforcement Guideline” (OFT 407),²⁵¹ e “The Penalty Guidance” (OFT 423).²⁵² De

²⁵⁰ Cf. NIKPAY, Ali. **UK Cartel Enforcement**: Past, Present, Future: Speech to the Law Society Anti-Trust Section. 11 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.of.gov.uk/news-and-updates/speeches/2012/1112#.UiyIsdI3uSo>>. Acesso em: 8 set. 2013.

²⁵¹ REINO UNIDO. Office of Fair Trade. **Enforcement**. Disponível em:

acordo com o “The Enforcement Guideline”, o poder do OFT de impor penas pecuniárias está sujeito a várias limitações e requisitos procedimentais, entre eles:

- A infração deve ser cometida intencionalmente ou por negligência, de acordo com o artigo 36(3) do CA 1998.
- A pena deve ser motivada, de acordo com o artigo 36(6) do CA 1998.
- Há imunidade para aplicação de penas pecuniárias para os denominados “pequenos acordos”²⁵³ e “condutas de menor significância”,²⁵⁴ de acordo com o artigo 39 a 40 do CA 1998. Esta regra se aplica apenas às penas pecuniárias, não refletindo na pena de desqualificação de diretor.
- A quantidade máxima da pena que pode ser imposta se limita a 30%²⁵⁵ da soma do faturamento mundial de cada membro da associação de empresas que atuam no mercado afetado pela infração, no último exercício. Esse limite máximo é calculado para cada infração.
- O “risco duplo” (do inglês, “*double jeopardy*”): se a pena já tiver sido imposta pela CE, tribunal ou outra autoridade dos Estados-membros da CE, com relação a um mesmo acordo ou conduta, o OFT ou CAT deve levar isso em conta.
- Há atribuição de responsabilidade aos membros do mesmo grupo.²⁵⁶
- Há recuperação de penas que permanecem pendentes, como débitos civis devidos, qualquer quantia devida com aviso de penalidade, etc.
- Há metodologia para imposição de penas em acordos (os denominados “*settlement*”, “*early resolution*” e “*fast-track*”), visando ao encorajamento das partes a colaborarem com as autoridades e concluírem a investigação mais rapidamente, em troca da redução de pena.

O “The Penalty Guidance” prevê o método para o cálculo das quantias apropriadas

<http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/ca98_guidelines/oft407.pdf>. Acesso em: 7 set. 2013.

²⁵² REINO UNIDO. Office of Fair Trade. **OFT’s Guidance as to the Appropriate Amount of a Penalty**. Disponível em: <http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/ca98_guidelines/oft423.pdf>. Acesso em: 7 set. 2013.

²⁵³ “Pequenos acordos” podem ser definidos como aqueles, cujo faturamento conjunto das empresas, no exercício anterior à celebração do acordo, não excede 20 milhões de libras.

²⁵⁴ “Condutas de menor significância” podem ser definidas como qualquer conduta, cujo faturamento bruto da empresa, do exercício anterior ao início da conduta, não exceda a 50 milhões de libras.

²⁵⁵ O guia anterior previa que o valor máximo se limitava a 10%.

²⁵⁶ Os parâmetros para atribuição de responsabilidade aos membros do mesmo grupo são definidos na jurisprudência.

para as penas dispostas no artigo 36 do CA 1998. Há objetivos dúplices na imposição de penas, de acordo com este guia, isto é: impor penas que reflitam na seriedade da infração e garantir que a pena tenha efeitos dissuasórios para as empresas não continuarem a praticar condutas anticompetitivas. Esse guia prevê a intenção do OFT em impor penas severas às empresas envolvidas em cartéis clássicos, prevendo cinco passos que as autoridades devem seguir no estabelecimento do valor da pena, quais sejam:

- cálculo da pena base, relacionada à seriedade da infração e ao faturamento bruto da empresa;
- ajuste com base na duração da infração;
- ajuste com base em outros fatores visando à dissuasão da conduta;
- ajuste com base em fatores agravantes e atenuantes; e
- ajuste para que seja respeitado o percentual máximo de 30% do faturamento global da empresa e para evitar o “risco duplo” (do inglês, “*double jeopardy*”).

A abrangência de cada um desses passos está disponível no referido guia. Resumidamente, o primeiro passo, que trata da pena base, levará em conta a seriedade da infração e o valor do faturamento relevante da empresa e, para verificar a natureza da infração, o OFT leva em conta a natureza do produto, a estrutura de mercado, a participação de mercado dos infratores, condições de entrada e o efeito sobre os concorrentes, terceiros e consumidores. O segundo passo é mais objetivo, envolvendo a duração da conduta. O terceiro passo é subjetivo, em vista das abstrações envolvendo o efeito dissuasório. Finalmente, o quarto passo trata dos fatores agravantes e atenuantes.

Os fatores agravantes são: liderança ou instigação à conduta; envolvimento de diretores ou gerentes seniores; retaliação ou práticas coercitivas entre os membros da conduta; continuação da infração após a instauração da investigação; reincidência pela mesma empresa ou empresas do mesmo grupo; infração cometida intencionalmente em vez de negligentemente; retaliação à empresa que firmou acordo de leniência; descumprimento de programa de *compliance* da empresa. Os fatores atenuantes são: quando a empresa estiver agindo com pressão ou coação grave; incerteza da empresa se o acordo ou conduta constitui uma infração; medidas apropriadas visando ao cumprimento da lei; interrupção da

conduta assim que o OFT intervier; cooperação com as investigações visando à conclusão eficiente e rápida.

Em circunstâncias específicas, o OFT pode não se basear no método estabelecido no guia.²⁵⁷ Além disso, não há prescrição para o OFT impor penas pecuniárias, de acordo com o CA 1998, e todas as decisões impondo penas pecuniárias podem ser revisadas pelo CAT, por meio de recurso das partes envolvidas na conduta, exceto pelos terceiros interessados.

Por sua vez, o OFT também prevê a pena de desqualificação profissional de diretores de empresas envolvidas em cartel, para o exercício do cargo de diretoria de qualquer empresa por até quinze anos, conforme seção 204 do EA 2002.²⁵⁸ A desqualificação de diretor é um fenômeno relativamente novo no âmbito do direito da concorrência, mas já vem sendo usado no Reino Unido há anos para punir alguns tipos de atividades corporativas indesejáveis.²⁵⁹ A desqualificação profissional pode ser efetuada por meio de uma ordem judicial (denominada “Ordem de Desqualificação Concorrencial” ou, do inglês, “*Competition Disqualification Orders*” ou “CDOs”). Alternativamente, o OFT pode aceitar que a desqualificação profissional seja efetuada por meio do consentimento de diretores de empresas (denominada “Desqualificação de Empresas Concorrentes” ou, do inglês, “*Competitor Disqualification Undertakings*” ou “CDUs”) em vez de CDO. Neste caso, o próprio diretor se compromete a não gerenciar qualquer empresa por um período por ele indicado, o qual deverá ser aprovado pelo OFT. A CDU evita a publicidade negativa resultante de um julgamento dos tribunais, como no caso da CDO. Em 2010, foi emitido, pelo OFT, novo guia estabelecendo as condições para desqualificação de diretor, denominado “CDO Guideline”.²⁶⁰

²⁵⁷ Cf. exemplos de casos em que o OFT não utilizou método do guia: CA98/05/2006 Caso CE/2890-03 (*Independent Schools*); CA98/04/2003 Caso CP/0809-01 (*Lladró*); CA98/01/2010 Caso CE/2596-03 (*Tobacco*).

²⁵⁸ A seção 204 EA 2002 foi emendada pelo Ato de Desqualificação de Diretores de Empresas 1986 (*Company Directors Disqualification Act 1986* – CDDA 1986), o qual inseriu cinco novas seções: 9A-9E.

²⁵⁹ De acordo com Khan, cinco países já dispõem de desqualificação profissional como punição de infração concorrencial, entre eles: Estônia, Romênia, Eslovênia, Suécia e Reino Unido. KHAN, Aaron. Rethinking Sanctions for Breaching EU Competition Law: Is Director Disqualification the Answer? *World Competition*, v. 35, n. 1, p. 77-102, 2012.

²⁶⁰ Todos esses documentos estão disponíveis em: REINO UNIDO. Office of Fair Trade. **Director Disqualification Orders in Competition Cases**. Disponível em: <http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/enterprise_act/oft510.pdf>. Acesso em: 7 set. 2013.

Há duas condições a serem satisfeitas para que seja imposta a desqualificação profissional: (i) a empresa que cometeu a infração concorrencial tenha um diretor (esta pena só é aplicada aos diretores); e (ii) a conduta da pessoa como diretor faz com que a gerência da empresa lhe seja inapropriada (e.g., ele/ela contribuiu para o descumprimento da lei; ele/ela não tomou medidas para evitar a infração; e/ou ele/ela não sabia da conduta, mas deveria saber).

Ademais, há alguns fatores a serem ponderados na aplicação dessa pena, entre eles: (i) em caso de leniência, não será aplicada a desqualificação profissional, além da imunidade da pena pecuniária; (ii) fatores agravantes (quando o diretor está direta ou indiretamente envolvido com a infração; quando o diretor destrói as provas ou impede a investigação das autoridades, etc.); e (iii) fatores atenuantes (a infração foi cometida sob coerção; incerteza sobre a infração; diretor implementa remédios em atenção à conduta, como programa de *compliance*; o diretor adota ações disciplinares contra os responsáveis pela conduta; o diretor sofreu pressão interna para participar da conduta anticompetitiva). Além disso, em investigações criminais que tenham leniência não serão aplicadas as penas de desqualificação profissional.

Finalmente, em relação à punição criminal, o Enterprise Act dispõe que indivíduos que praticam, desonestamente, cartéis clássicos, devem ser punidos criminalmente a até cinco anos de prisão e/ou pena de multa ilimitada. A caracterização de uma ofensa criminal requer a presença de um indivíduo, o qual: age desonestamente; celebra acordo com uma ou mais pessoas; envolve pelo menos duas empresas; envolve acordos dos tipos estabelecidos na seção 188(2) (fixação de preço no fornecimento de produtos ou serviços, limitação no fornecimento de produtos ou serviços; divisão de mercado, licitação).

Especificamente em relação à determinação da legislação criminal de ser provada a desonestidade, esta foi incluída com os seguintes objetivos: demonstrar a seriedade da ofensa; afastar a necessidade de detalhar a análise econômica e probatória; distinguir a ofensa criminal da infração civil; e garantir que acordos potencialmente benéficos sejam enquadrados como ofensa criminal. Entretanto, o diretor-chefe do Grupo de Cartel do OFT

(CCEG), Ali Nikpay,²⁶¹ entende que esta previsão não é apropriada, pois é difícil a caracterização da desonestidade, a qual é subjetiva, além de haver meios mais adequados para alcançar esses objetivos.

Por fim, cabe mencionar os passos que o CCEG tem tomado para o desenvolvimento da política de combate a cartéis no Reino Unido, notadamente no que tange à ofensa criminal: melhorar a taxa de detecção; escolher os casos certos; reduzir o tempo de persecução; e impor sanções severas, desde que sejam proporcionais. Ali Nikpay concluiu seu discurso no sentido de que o OFT ainda é muito “jovem” comparado à jurisdição norte-americana, tendo um longo caminho a ser desenvolvido.

Por fim, em relação às ações privadas, estas estão previstas na seção 47A do Competition Act (que foi emendado pelo Enterprise Act), no sentido de que qualquer pessoa que tiver sido prejudicada como consequência de uma infração concorrencial pode interpor uma ação privada para ressarcimento de danos perante o CAT e os tribunais civis.

2.2.2 Jurisdição norte-americana

A jurisdição norte-americana é considerada como a mais desenvolvida no âmbito do direito da concorrência, merecendo ser apresentadas as principais características de seu regime.

Os Estados Unidos possuem legislação antitruste desde 1890, denominada “Sherman Act”, que é a mais antiga lei federal dos Estados Unidos envolvendo matéria concorrencial. Essa lei concentra esforços na política de combate a cartéis, notadamente na repressão criminal dessa prática, a qual é tratada como um crime de “colarinho branco”. Além disso, desde a legislação de 1890, há previsão de reparação civil das partes lesadas por práticas anticompetitivas, i.e., há previsão de que as partes lesadas recuperem três vezes o valor do dano, com base na doutrina do *treble damages*, por meio de ações privadas de indenização (Sherman Act, Section 7, Ch. 647, § 7, 26 Stat. 210, 1890).²⁶² O

²⁶¹ Cf. NIKPAY, Ali. Op. cit.

²⁶² Section 7 of the Sherman Act: “any person injured by a violation of the Act may sue in federal court and recover three fold the damages by him sustained, and the costs of suit, including a reasonable attorney’s fee.” Em tradução livre: “qualquer pessoa ofendida por uma infração do Ato pode processar perante o

Sherman Act é complementado pelo Clayton Act, o qual entrou em vigor em 1914 durante a Era Progressiva, proibindo potenciais aquisições anticompetitivas, negócios exclusionários, venda casada, etc. Ademais, há o Federal Trade Commission Act, o qual também entrou em vigor em 1914 e criou o Federal Trade Commission (FTC).

A aplicação destas leis federais antitruste ocorre por meio de duas agências: o FTC e o Department of Justice (DOJ). Em geral, essas autoridades proíbem fusões anticompetitivas e práticas empresariais que visem à restrição da concorrência (e.g. práticas exclusionárias que visem à monopolização do mercado). A realização de operações deve ser previamente notificada a ambas as agências, as quais decidem entre si quem irá analisar a operação.

O FTC trata tanto da matéria concorrencial, por meio do Escritório de Concorrência (Bureau of Competition), quanto de relações de consumo, por meio do Escritório de Proteção ao Consumidor (Bureau of Consumer Protection). O FTC é presidido por cinco conselheiros, com mandato de sete anos cada um. Esta agência não tem competência criminal e atua com base na aplicação do Clayton Act e do Federal Trade Commission Act.

O DOJ, por sua vez, propõe ações envolvendo matéria concorrencial perante os tribunais federais. Este órgão aplica o Sherman Act e o Clayton Act, sendo que o Sherman Act tem competência criminal e civil. O DOJ atua por meio de um departamento antitruste denominado “Antitrust Division”. A investigação criminal conduzida pelo DOJ, por meio da Antitrust Division,²⁶³ limita-se a acordos entre concorrentes com o propósito de eliminar a concorrência, entre eles os cartéis, os quais são tratados como ilícito *per se* de acordo com o Sherman Act. Em decisões recentes da Suprema Corte norte-americana,²⁶⁴ estabeleceu-se que a regra *per se* deve ser aplicada somente em alguns tipos de restrições ao comércio, tais como: fixação de preço, acordos em licitação e alocação de mercado, que tenham, manifestamente, efeitos anticompetitivos ou ausência de eficiência.

Tribunal Federal e recuperar três vezes os danos por ela sustentados e os custos da ação, incluindo os honorários advocatícios.”

²⁶³ Desde 1993, o DOJ passou a dar prioridade à investigação internacional de práticas de cartel e passou a contar com o auxílio do FBI (Federal Bureau of Investigation) para a implantação de ferramentas na coleta de provas. (CONNOR, John M. Global Antitrust Prosecutions... Op. cit.).

²⁶⁴ Cf. *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877, 886 (2007).

A responsabilidade penal das condutas de cartel nos Estados Unidos se aplica às pessoas físicas e jurídicas, diferentemente do Brasil, em que a responsabilidade recai somente à pessoa física. A partir de 2004, as sanções de condutas anticompetitivas passaram a ser mais severas, com previsão de pena privativa de liberdade de até dez anos, multa para pessoas físicas de até US\$ 1 milhão e para pessoas jurídicas de até US\$ 100 milhões.²⁶⁵ O Poder Judiciário dos Estados Unidos também alterou, em 2005, o U.S. Federal Sentencing Guidelines (USSG), com vistas a aumentar a severidades das penas de cartéis.²⁶⁶

O método para cálculo de multas contra infrações concorrenciais (entre elas o cartel) estabelecido no U.S. Federal Sentencing Guidelines é sofisticado. Tal método, simplificadamente, envolve três passos: 1) cálculo da pena base; 2) cálculo da culpabilidade, i.e., agravantes e atenuantes; e 3) cálculo da multa final. O cálculo da culpabilidade é baseado em uma contagem, denominada “*culpability score*”, que se refere a fatores qualitativos incluindo: tamanho da empresa; natureza da infração; histórico de infrações cometidas; obstrução da justiça; o grau de envolvimento na infração; e o nível de cooperação com o DOJ.²⁶⁷ Esta contagem apresenta o mínimo e o máximo de multiplicadores (ou pontos) a serem aplicados à pena base para o cálculo da extensão da pena conforme o USSG.

²⁶⁵ Cf. ESTADOS UNIDOS. Antitrust Criminal Penalty Enforcement and Reform Act of 2004, **Public Law**, n. 108-237, 118 Stat., p. 661-668.

²⁶⁶ Em 30 de abril de 2013 foram submetidas ao Congresso, novas alterações do “U.S. Federal Sentencing Guidelines: “Reader-Friendly” Version of the Amendments Submitted to Congress”. (ESTADOS UNIDOS. United States Sentencing Commission. **Amendments to the Sentencing Guidelines**. Disponível em: <http://www.ussc.gov/Legal/Amendments/Reader-Friendly/20130430_RF_Amendments.pdf>. Acesso em: 8 set. 2013).

²⁶⁷ Há críticas sobre os descontos concedidos pelo DOJ, a partir do nível de cooperação do infrator, no sentido de que tais descontos acabam configurando a “sub-dissuasão” (do inglês, “*under deterrence*”). Cf. CONNOR, John M. **A critique of cartel fine discounting by the U.S. Department of Justice**, Draft: 31 mar. 2007. Disponível em: <http://www.agecon.purdue.edu/news/seminarfiles/Critique_Cartel_Fine_Discounting.pdf>. Acesso em 20 dez. 2013.

Tabela 4 - Quadro exemplificativo dos pontos de culpabilidade e ajustes do USSG²⁶⁸

Variáveis	Multiplicadores	Extensão da multa (percentual de comércio afetado)
Pena Base	20% do comércio afetado	
Linha base da contagem de culpabilidade	5	20% - 40%
Tolerância de atividade criminal	Até + 5 para as maiores empresas (> 5.000 empregados)	Extensão da multa até 40% - 80%
Reincidência	Até + 2	
Violação de uma determinação	Até + 2	
Obstrução da justiça	0 ou + 3	
Programa de <i>compliance</i> efetivo	-3	Redução da extensão da multa para não menos que 15% do faturamento relevante
Autodenúncia antes da ameaça de detecção	-5	
Cooperação	-2	
Admissão de responsabilidade	-1	

No primeiro passo, presume-se um percentual baseado no suposto sobrepreço do cartel, que pode variar até 20% (no caso de um cartel típico, o *mark-up* costuma ser de 10%), e esse percentual será multiplicado pelo volume de vendas do comércio afetado. O primeiro passo representa a pena base. Nota-se que a pontuação base para cartéis clássicos costuma ser de cinco pontos, sendo que os critérios deste guia variam de 0 a 10+.

No segundo passo, o DOJ computa o total de culpabilidade, que é a soma das agravantes e atenuantes. As agravantes²⁶⁹ mais comuns são: (i) envolvimento ou tolerância de crime cometido por empregados da empresa infratora — aumenta-se a pontuação em um ponto (+1), para unidades com 10 a 19 empregados —, e em até cinco pontos (+5), para unidades com mais de 5.000 empregados); e (ii) reincidência (+2 para condenação de conduta similar ocorrida dentro de cinco anos; ou +1 se a condenação ocorreu de 6 a 10 anos anteriores). As atenuantes²⁷⁰ mais comuns são: (i) programas de *compliance* efetivos ou programas de ética (a pontuação reduz em três pontos, mas é raramente aplicada em casos de cartel); e (ii) denúncia, cooperação e reconhecimento de responsabilidade do

²⁶⁸ Elaboração própria.

²⁶⁹ USSC 2005: paragraph 8C2.5(b) to paragraph 8C2.5(e).

²⁷⁰ USSC 2005: paragraph 8C2.5(f) to paragraph 8C2.5(g).

crime (a redução varia de um a cinco pontos, com nível padrão de dois pontos para confissão de culpa).

No terceiro passo, a pena base é multiplicada pelos dois multiplicadores de culpabilidade, resultando no valor da multa. A maioria dos investigados em cartéis enfrenta multas máximas de 50% a 80% de seus volumes de vendas do comércio afetado. Para ilustrar esses três passos estabelecidos no *U.S. Federal Sentencing Guidelines*, vide quadro esquemático:

Figura 4 - Etapas do cálculo da multa pelo DOJ²⁷¹

A política de repressão a cartéis nos Estados Unidos conta com o programa de leniência, o qual prevê imunidade para o primeiro que delatar a prática criminosa em troca de cooperação com as autoridades. A jurisdição norte-americana foi a primeira a instituir essa ferramenta, em 1978. Em 1993, foram introduzidas alterações significativas nesse programa, visando a uma maior efetividade, entre elas: (i) a imunidade passou a ser automática, se não houver investigação em andamento; (ii) em casos de investigação em andamento, o agente delator pode se qualificar; e (iii) todos os indivíduos da empresa se beneficiam da imunidade, desde que cumpram com os requisitos estabelecidos no programa. Foi instituída, ainda, a “leniência *plus*”, já mencionada anteriormente, em que o delator que não se qualificar para a primeira investigação pode obter benefício de imunidade nas investigações de outra infração.

Mais de 90% das multas impostas por infrações previstas no Sherman Act desde

²⁷¹ Elaboração própria.

1996 podem ser atribuídas à cooperação dos signatários de leniência; além disso, as perseguições que tiveram a cooperação de signatários de leniência representaram mais de 90% do total de comércio afetado por todos os cartéis investigados pelo DOJ desde 1999.²⁷²

A jurisdição norte-americana prevê a possibilidade de celebração de acordos em casos de cartel, os denominados “*plea agreements*”. O cálculo da prestação pecuniária desse tipo de acordo se baseia no U.S. Sentencing Guideline, sendo bastante comum a concessão de descontos para casos de cooperação com as investigações. Nota-se que a maioria dos processos são resolvidos com a celebração de “*plea agreements*” entre os infratores e o DOJ.

Ademais, a jurisdição norte-americana também prevê a reparação civil aos terceiros lesados pelas condutas de cartel. As ações privadas de indenização permitem que seja ressarcido até três vezes o valor do dano causado pelo cartel, com base na doutrina do *treble damages*. A potencialidade do remédio do *treble damages* é reforçada quando há reivindicações agregadas, como as ações de classe (do inglês, “*class actions*”), que são comuns na jurisdição norte-americana (The Federal Rules of Civil Procedure, Rule 23). Entre 1990 e 2007, verificou-se um aumento significativo da propositura de *class actions* nos Estados Unidos, que resultaram em mais de 18 bilhões de dólares em casos envolvendo matéria antitruste, sendo que mais de 5 bilhões de dólares se referiam a condutas de cartel.²⁷³

Com vistas a preservar os incentivos do programa de leniência, o Congresso norte-americano aprovou alteração legislativa,²⁷⁴ afastando a responsabilidade solidária e prevendo o pagamento do valor do dano, pelos signatários da leniência, em apenas uma ação de reparação civil.

2.3 Efeito dissuasório: considerações gerais

²⁷² Cf. WERDEN, Gregory J. et al. Op. cit, p. 14.

²⁷³ Cf. Ibidem, p. 11.

²⁷⁴ Cf. ESTADOS UNIDOS. Antitrust Penalty Enhancement and Reform Act, **Public Law**, n. 109-279, Title II, 118 Stat. 665, 2004. As previsões deste documento vigorarão até o ano de 2020.

O termo “dissuasão” (do inglês, “*deterrence*”) significa “o ato ou processo de desencorajar certo comportamento, especificamente pelo medo; especialmente, como objetivo do direito criminal, a prevenção do comportamento criminal em razão do medo de punição”.²⁷⁵ A dissuasão pode ser geral ou especial. A dissuasão geral pode ser entendida como “uma meta do direito criminal, de modo geral, ou de uma condenação ou pena específica, para desencorajar pessoas de cometer crimes”.²⁷⁶ A dissuasão geral é traduzida como a “dissuasão *ex-ante*”. A dissuasão especial, por sua vez, é “uma meta de uma condenação e pena específica para dissuadir o ofensor de cometer crimes no futuro”.²⁷⁷ A dissuasão especial é traduzida como a “dissuasão *ex-post*”.

A dissuasão é um tema presente no direito criminal, comumente ligado às teorias envolvendo as finalidades da pena, que, de certa forma, inspiram o direito administrativo sancionador. O Código Penal do Brasil (CP) adotou, em seu artigo 59,²⁷⁸ o caráter misto das finalidades da pena, isto é, tanto considerações de cunho retributivo²⁷⁹ (que visa ao pretérito; a pena corresponde à culpabilidade) quanto preventivo²⁸⁰ (que visa a uma meta: evitar novas e futuras infrações) devem ser tecidas pelo magistrado na oportunidade de

²⁷⁵ Tradução livre do original: “deterrence. *The act or process of discouraging certain behavior, particularly by fear; esp., as a goal of criminal law, the prevention of criminal behavior by fear of punishment.*” (GARNER, Bryan A. **Black’s Law Dictionary**. 9. ed., St. Paul, MN, USA: Thomson Reuters, 2009, p. 206).

²⁷⁶ Tradução livre do original: “general deterrence. *A goal of criminal law generally, or of a specific conviction and sentence, to discourage people from committing crimes.*” (GARNER, Bryan A. op. cit., p. 206).

²⁷⁷ Tradução livre do original: “special deterrence. *A goal of a specific conviction and sentence to dissuade the offender from committing crimes in the future.*” (GARNER, Bryan A. Op. cit., p. 206).

²⁷⁸ “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.”

²⁷⁹ Cf. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena**: conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 205: “A visão retributiva da pena estatal (teoria absoluta da pena) configura a estruturação de um sistema criminal que, quando formatado sob este padrão, visa ao pretérito, ao delito já ocorrido. É uma compensação de culpa, uma resposta estatal ao mal cometido, de modo a restabelecer a ordem dos valores, tais como devem ser. À culpabilidade, como categoria evolutiva da simples noção de dano, corresponde a pena.”

²⁸⁰ Ibidem, p. 216: “Ao contrário da visão da pena postulada pela corrente absoluta, na qual a punição penal está desvinculada de qualquer fim socialmente útil e constatável, a vertente relativa defende a necessária referência punitiva a uma determinada meta a ser alcançada, isto é, evitar novos e futuros delitos. Assim, as chamadas teorias relativas apreendem o passado na medida em que este pode, por meio da sanção penal, compreender uma estratégia jurídica que impeça a repetição da criminalidade por meio da repetição (programação ou institucionalização) da pena. Genericamente, esta instrumentalização punitiva apresenta dois tipos de interlocutores, isolada ou cumulativamente: a própria sociedade e o indivíduo já protagonista de uma conduta desviada. O maior relevo da primeira situação denomina-se prevenção geral e, na segunda, prevenção especial”.

determinação das penas.

Portanto, de acordo com as orientações do CP, as sanções devem surtir efeitos dúplices, isto é: retributivo e preventivo. Pode-se dizer que, enquanto o efeito retributivo visa a compensar o dano/lesão resultante de uma dada conduta, em consonância com a culpa do autor, o efeito preventivo visa a desencorajar a sociedade, em geral, e os ofensores, especificamente, a não cometer novas e futuras condutas. Há discussões sobre a legitimidade da prevenção geral, no que tange à medida e à determinação da pena, uma vez que legisladores e magistrados podem, com base na prevenção geral, estabelecer penas superiores e desproporcionais à culpabilidade do agente, com vistas a alcançar os fins sociais da pena.²⁸¹

É intuitivo considerar o referido efeito preventivo do direito criminal como correspondente ao efeito dissuasório antes mencionado. Este é bastante recorrente e explorado no campo de políticas repressivas a cartéis — por exemplo, no guia de definição de penas da CE (2006 EU Fining Guidelines) há previsão de computar no cálculo da multa o caráter dissuasório da punição: de acordo com o método estabelecido nesse guia, há previsão de imposição da dissuasão específica (i.e., aquela que leva em conta um caso concreto) e da dissuasão geral (i.e., aquela que visa a dissuadir outras empresas de iniciarem comportamentos ilícitos).

Diante disso, o tema dissuasão merece especial atenção deste estudo, notadamente em razão de estar intimamente relacionado aos fins do direito sancionador e, principalmente, às finalidades das sanções — tema circunscrito nesta dissertação. Assim, a presente subseção se dedicará a analisar as propriedades da dissuasão que possam contribuir e trazer sinalizações para o desenvolvimento da política de combate a cartéis, a fim de identificar as variáveis dissuasórias que servirão de base para a pesquisa do capítulo 3.

Em sintonia com a análise econômica do direito, o efeito dissuasório da pena pressupõe, implicitamente, a existência de um comportamento racional do potencial

²⁸¹ Cf. BITENCOURT, C. R. **Manual de Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 104-111. Cf. também: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. op. cit., 2009, p. 216-233.

infrator — que naturalmente é maximizador de seu bem-estar —, o qual responde a incentivos; além disso, a pena representa um incentivo negativo à prática da conduta. Por óbvio, um agente maximizador de seu bem-estar irá ponderar os custos e benefícios de arcar com uma punição.

Entretanto, nem todos os agentes racionais agem igualmente,^{282, 283} daí a necessidade de as autoridades terem cautela quanto à dosagem da dissuasão, para que seus efeitos não impliquem na abstenção de agentes econômicos em empreender ações que possam resultar em melhorias ao bem-estar social, vale dizer, a dissuasão deve ser aplicada em um nível tal que evite o excesso de dissuasão (do inglês, “*over-deterrence*”). O excesso de dissuasão pode ocorrer quando a quantificação da sanção é estabelecida em um patamar elevado, nos exatos termos das discussões travadas sobre a legitimidade da prevenção geral no direito criminal.

Além disso, embora a dissuasão seja tradicionalmente relacionada à finalidade da sanção, verifica-se que a dissuasão também pode estar envolvida com o *enforcement* da lei — que pode ser traduzido como toda a política repressiva, desde a detecção, persecução até a punição de condutas ilícitas —, o qual é imprescindível para a certeza da condenação de uma conduta infrativa. Nesse sentido, Buccirossi et al.,²⁸⁴ discutiram as propriedades da dissuasão, em um regime de política de concorrência, que vão além das sanções. Identificou-se que, de acordo com os fundamentos da teoria econômica aplicada ao direito, há diversos fatores que são prováveis de afetar o grau de dissuasão: 1) qualidade da lei; 2) recursos financeiros e humanos; 3) poderes de investigação; 4) sanções e danos; 5) independência; e 6) separação dos poderes. Discutiui-se, também, como medir a dissuasão e como distinguir a dissuasão boa da dissuasão ruim. De acordo com os autores citados, a aplicação da lei sem efeitos dissuasórios implica custos sociais e nenhum benefício

²⁸² De acordo com Martinez, mesmo agentes racionais não são todos iguais, pois “Tem tolerâncias a risco e preferências diferentes. Isto é o que acaba tornando o conceito de efetividade não-binário. Um leve aumento de pena poderá ser suficiente para dissuadir o potencial infrator de menor tolerância à sanção (fazendo com que, para ele, o benefício esperado com o crime passe a ser negativo), sem que o mesmo ocorra com um outro indivíduo de maior tolerância à eventual punição. Por isso, encontrar um “mix” de dissuasão eficiente depende, em última instância, de um exercício que sempre acaba deixando algum patamar de incidência de crime.” (MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit., p. 36-rodapé 85).

²⁸³ Cf. PARKER, Christine. The war on cartels and the social meaning of deterrence. **Regulation & Governance**, v. 7, n. 2, p. 174-194, jun. 2013. doi:10.1111/j.1748-5991.2012.01165.x.

²⁸⁴ BUCCIROSSI, Paolo et al. Deterrence in Competition Law. **Governance and the Efficiency of Economic Systems (GESY)**. Discussion Paper n. 285. 2009. Disponível em: <http://www.learlab.com/pdf/285_1254407400.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2013.

econômico.

Referidos autores pontuaram que, em casos de cartel, é menos provável a configuração da dissuasão excessiva (“*over-deterrence*”), dadas as dificuldades de detecção e punição adequada dessa conduta, principalmente em vista das obscuridades para dimensionar os danos resultantes dessa prática. Por isso, sugeriu-se que a dissuasão geral (dissuasão *ex-ante*) é apropriada para casos de cartel, ao contrário do que ocorre em análises sujeitas à regra da razão (i.e., operações de concentração, acordos verticais), em que a análise deve se basear em eventos futuros, cujas incertezas tornam mais prováveis a ocorrência de erros — por esta razão, a sub-dissuasão e a dissuasão específica são mais adequadas para esse tipo de análise.^{285, 286}

Assim, tomando por base o estudo referenciado, serão analisados os fatores relacionados à dissuasão da política de repressão a cartéis, tanto sob a ótica das sanções quanto sob a ótica geral do *enforcement* dessa política, pois a punição satisfatória de cartéis depende de diversas variáveis, não exclusivamente ligadas à pena em si, mas a um sistema efetivo de detecção, persecução e punição, que tornam mais provável a condenação de uma prática ilícita. Por isso, a pesquisa a ser realizada no capítulo 3 contará, principalmente, com variáveis relacionadas à efetividade das penas e, acessoriamente, com variáveis institucionais do sistema de investigação e punição de cartéis, uma vez que estas precedem e refletem na formulação da pena e no combate a cartéis como um todo. Aliás, com base nas frentes sugeridas por Crane,²⁸⁷ essa investigação se baseará, preferencialmente, na análise dos “procedimentos” e critérios de aplicação da lei pelo CADE, norteados pelas melhores práticas internacionais, sobretudo considerando que a dissuasão internacional é desejável para o desenvolvimento da política de combate a cartéis.

Nesses termos, para ordenar o estudo da dissuasão no âmbito da política de

²⁸⁵ Sobre essa discussão, cf. nota de rodapé 100 desta dissertação.

²⁸⁶ No mesmo sentido, Wils pontuou as diferenças em termos de dissuasão, quanto à aplicação de multas em face de condutas anticompetitivas individuais ou condutas anticompetitivas coletivas (e.g., os cartéis). Segundo este autor, no caso de condutas coletivas, como os cartéis, as autoridades despendem elevados recursos, em vista das dificuldades de monitoramento, detecção, investigação e punição do conjunto de infratores. (WILS, Wouter P. J. *Optimal Antitrust Fines*. Op. cit., p. 24-27).

²⁸⁷ Conforme foi mencionado, Crane diz que a harmonização internacional do antitruste se baseia em três frentes: material, procedimental e institucional. Em última instância, um regime antitruste internacional satisfatório requer certa uniformidade dessas três frentes, embora o desenvolvimento sequencial seja possível. (CRANE, Daniel A. Op. cit., p. 240).

repressão a cartéis, adotar-se-ão como parâmetros de análise os citados fatores indicados pela ICN, os quais devem servir de base para qualquer regime sólido de combate a cartéis, quais sejam: (i) clareza na definição da conduta que constitui o cartel; (ii) agências bem estruturadas para detectar, investigar e punir cartéis; e (iii) um sistema de pena efetivo.²⁸⁸

2.3.1 Clareza na definição da conduta que constitui o cartel

Foi visto que o sucesso da política de combate a cartéis envolve um sistema complexo e interdependente, recomendando-se clareza na definição da conduta que constitui o cartel, entre outros fatores. Por isso, justifica-se, também, uma avaliação da qualidade e do formato das normas, ainda que não seja uma análise profunda a ponto de esgotar esse tema, mas que possa contribuir para a análise institucional do CADE no desenvolvimento da política de combate a cartéis, a qual será realizada em caráter acessório, e, sobretudo, considerando que o enfoque da pesquisa a ser realizada no capítulo 3 será quanto à conduta de “cartel clássico”, cuja clareza na definição é relevante para a seleção e análise da amostra de decisões condenatórias.

Schauer²⁸⁹ ressaltou que as normas são inerentemente imperfeitas, uma vez que é impossível prever todas as consequências imagináveis de uma conduta em todas as possíveis condições do mundo real, algumas das quais são necessariamente imprevisíveis quando a norma é escrita. Portanto, considerando que o legislador ou os tribunais não podem fazer normas perfeitas, sua aplicação deve levar em conta que elas são imperfeitas.

Buccirossi²⁹⁰ entende que as políticas de aplicação das normas (ou seja, o *enforcement* das normas) dependem de um sistema complexo, o qual envolve muitos elementos, os quais já foram mencionados na presente dissertação, dentre eles: o nível de recursos gastos para detectar possíveis infrações; a combinação de atividades de

²⁸⁸ De modo semelhante, Wils, analisando o papel das multas aplicadas no direito antitruste, indicou três tarefas do *enforcement* da lei de defesa da concorrência: “(1) esclarecer o conteúdo do ilícito, (2) prevenir a infração desses ilícitos, e (3) lidar com as consequências quando as infrações tiverem ocorrido” Tradução livre do original: “*clarifying the content of the prohibitions, (2) preventing violations of these prohibitions, and (3) dealing with the consequences when violations have nevertheless happened.*” (WILS, Wouter P. J. Optimal Antitrust Fines. Op. cit.).

²⁸⁹ SCHAUER, Frederic. **Playing by the Rules: a Philosophical Examination of Rule-based Decision Making in Law and Life.** Oxford, UK: Oxford University Press, 1991.

²⁹⁰ BUCCIROSSI, Paolo. **The Enforcement...** Op. cit., p. 5-15.

monitoramento e investigação; o tipo e o nível de sanção para deter e condenar infratores, etc. De acordo com o autor, três tipos de falhas podem afetar um sistema composto por uma norma e seu *enforcement*: 1) excesso ou contenção de dissuasão (do inglês, *over-deterrence/under-deterrence*); 2) erros tipo I e tipo II (ou falsos positivos e falsos negativos, respectivamente), já mencionados no capítulo 1 desta dissertação; e 3) excesso ou contenção de inclusão (do inglês, *over-inclusion/under-inclusion*).

A primeira falha se refere à força do *enforcement*, isto é: quando o *enforcement* é demasiadamente forte, desencoraja condutas que são socialmente eficientes (*over-deterrence*); ou, quando o *enforcement* é demasiadamente fraco, não previne condutas que são prejudiciais e socialmente ineficientes (*under-deterrence*). Esta falha, inerente à dissuasão, trata-se do tema central da análise da seção 2.3, a qual foi abordada anteriormente em caráter geral — inclusive, mencionou-se que a repressão de condutas de cartel deve surtir efeitos dissuasórios *ex-ante*, sendo baixa a probabilidade de configuração de *over-deterrence*, dadas as dificuldades de detecção e, sobretudo, de punição da prática de cartel, uma vez que é difícil quantificar os prejuízos dela derivados.

A segunda falha se refere à qualidade do *enforcement* e/ou do sistema de punição, isto é: quando se considera a possibilidade de um agente ser condenado por infringir uma norma, enquanto ele não empreendeu uma conduta proibida (erro tipo I); ou quando o agente é absolvido ou não investigado, embora tenha cometido uma conduta proibida (erro tipo II).

A terceira falha se refere ao formato da norma, isto é: quando a norma proíbe uma conduta que em algumas circunstâncias é benéfica, ou seja, produz efeitos positivos (*over-inclusion*) — esta abordagem foi feita no capítulo 1, quando da análise da aplicação da regra *per se* —; ou quando a norma permite condutas alternativas que são prejudiciais (*under-inclusion*).

As falhas referentes à qualidade e ao formato da norma — falhas 2 e 3, respectivamente — podem ser analisadas como coincidentes. Whish e Bailey²⁹¹ analisaram o erro tipo I (ou falsos positivos), como sendo “*over-inclusive*” e o erro tipo II (ou falsos

²⁹¹ WHISH, Richard; BAILEY, David. Op. cit., p. 193.

negativos) como sendo “*under-inclusive*”.

Nesses termos, será analisada a definição de cartel clássico, de acordo com a legislação brasileira de defesa da concorrência, e, em conjunto, a qualidade e formato da norma envolvendo a conduta de cartel clássico.

2.3.1.1 Definição de cartel clássico

Quanto à definição da conduta de cartel clássico, infere-se que esta não está prevista de forma direta no texto da lei de defesa da concorrência (Lei n. 12.529/2011). O que se verifica, de forma expressa, são as premissas de uma conduta de cartel, reunidas no artigo 36, § 3º, inciso I.²⁹² Contudo, há de ser reconhecido que o texto da lei atualmente em vigor é mais claro e sistemático que as previsões da lei anterior (Lei n. 8.884/1994) em relação aos cartéis. Isto porque a lei em vigor reuniu em um único inciso (i.e., inciso I, § 3º, do artigo 36) todas as hipóteses de uma conduta de cartel, enquanto a lei anterior possuía incisos diversos e alternados tratando dessa conduta (artigo 21, I, III, VIII).²⁹³

Por sua vez, o Anexo I da Resolução do CADE n. 20/1999, a qual foi revogada parcialmente, define cartéis em geral (i.e., difusos e clássicos) como sendo: acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio.

²⁹² Art. 36, § 3º - “As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública.”

²⁹³ “Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;

VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa.”

Além disso, a jurisprudência do CADE já definiu cartéis clássicos nos seguintes termos: cartéis clássicos envolvem acordos secretos entre competidores, com alguma forma de institucionalidade, com o objetivo de fixar preços e condições de venda, dividir consumidores, definir nível de produção ou impedir a entrada de novas empresas no mercado. Há controvérsias acerca dos termos desta definição, conforme visto na seção 1.1.1.

Nota-se que apenas a jurisprudência definiu, especificamente, a conduta de cartel clássico, ao passo que a lei e a resolução definiram a conduta de cartel em sentido amplo. Diante disso, o que se busca verificar é se o CADE se preocupa em sistematizar a definição de cartel na jurisprudência, conforme será analisado adiante. É desejável que o CADE tenha esse tipo de preocupação e que a definição esteja alinhada às melhores práticas, tornando as decisões mais transparentes e a jurisprudência mais ordenada, o que também contribuirá, em última instância, para o formato da punição do cartel clássico, pois a sanção aplicável a um cartel clássico pode ter variáveis e intensidade diferentes daquela aplicável a um cartel difuso, por exemplo. No limite, essa sistematização contribuirá para o desenvolvimento dos contornos da política de combate a cartéis e para a eficiência da análise das autoridades concorrenciais.

2.3.1.2 Qualidade e formato da norma

As falhas acerca da qualidade e do formato da norma se verificam, nesse caso, quando da aplicação da regra *per se* para condutas de cartel clássico. Como visto no capítulo 1, a regra *per se*, que já foi empregada pelo CADE, não está implícita no texto da lei brasileira de defesa da concorrência; pelo contrário, tanto o texto do artigo 36 da Lei n. 12.529/2011 quanto o texto do Anexo I da Resolução do CADE n. 20/1999 estão mais alinhados à regra da razão.

No capítulo 1, foi visto que o CADE empregou a regra *per se* para condutas de cartel clássico em alguns casos. Verifica-se que a interpretação adotada pelo CADE sobre a regra *per se* é bastante restrita, uma vez que se considera que a prova do acordo é suficiente para motivar a condenação da conduta, não havendo preocupação com a análise dos potenciais efeitos do cartel. Esta parece ser a forma menos custosa, pois não exige

análise convencional de mercado para verificação da potencialidade dos efeitos do cartel, já que a prova do acordo é suficiente para justificar uma condenação. Por outro lado, o CADE poderá condenar casos irrelevantes, que não tenham potencial de prejudicar o bem-estar social.

O CADE não está obrigado a aplicar a regra *per se* sem exceções, pois esta regra não está prevista expressamente na legislação brasileira vigente, apenas foi emprestada do direito norte-americano. Assim, o CADE tem espaço para fazer outras interpretações da prática de cartel, diferente dos termos da regra *per se* já empregada por este órgão, notadamente visando a evitar a denominada *over-inclusion*, ou seja, a condenação de casos irrelevantes. Cabe um parêntesis para reiterar que o CADE, em casos recentes, vem sugerindo a classificação da conduta de cartel como infração pelo objeto.²⁹⁴

Isso não significa que regras claras, sistemáticas e bem-definidas não sejam relevantes para a eficiência da análise dos processos e, notadamente, para o desenvolvimento institucional de uma autoridade judicante, sob uma perspectiva *ex ante*. Todavia, no caso específico da aplicação da regra *per se*, por se tratar de um tema complexo — notadamente considerando que jurisdições maduras como a norte-americana e a europeia não estão alinhadas nesse assunto, possuindo regras distintas para tanto —, há de ser reconhecido que, embora a aplicação da regra *per se* pelo CADE possa ser discutível, ao menos os termos da lei brasileira são favoráveis e satisfatórios,²⁹⁵ em razão de esta regra não estar engessada na legislação vigente, podendo ser aplicada com flexibilidade, abrindo margens para o CADE fazer interpretações, em caráter de exceção, a fim de se considerarem possíveis circunstâncias *ex post* (e.g., a condenação de casos irrelevantes).

Aqui cabe um parêntesis sobre a aplicação, propriamente dita, da regra *per se* pelo CADE. Pode-se dizer que, à autoridade concorrencial judicante, resta estabelecer regras

²⁹⁴ Voto do Relator do Processo Administrativo n. 08012.010215/2007-96; voto do Relator do Processo Administrativo n. 08012.001003/2000-41; e voto do Relator do Processo Administrativo n. 08012.011668/2007-30.

²⁹⁵ Cf. interpretação feita pelo ex-Conselheiro do CADE, Luis Fernando Schuartz, acerca do artigo 20, da Lei n. 8.884/1994, no âmbito do voto-vista no âmbito do Processo Administrativo n. 08012.007042/2001-33; voto no âmbito do Processo Administrativo n. 08012.007042/2001-33; e voto no âmbito do Processo Administrativo n. 08012.002493/2005-16.

claras e aplicar critérios sistemáticos que: (i) sejam racionais para a Administração, em termos de política de combate aos cartéis; (ii) sejam dissuasórios, em termos de punição dos infratores; (iii) atendam ao princípio da proporcionalidade; e (iv) visem à maximização do bem-estar social. Além disso, cabe ao legislador, aos acadêmicos do direito e aos economistas pensar no formato satisfatório das normas.

Para tanto, vale revisitar o caso mencionado na nota de rodapé 75 desta dissertação, envolvendo o julgamento da Suprema Corte norte-americana em que se comparou a regra *per se* do direito antitruste às regras de limites de velocidade em estradas. Esse julgamento concluiu que os custos de se avaliarem as peculiaridades de cada caso concreto envolvendo velocidade nas estradas não compensariam os fins da punição em termos de eficiência, em vista dos elevados recursos para a análise caso a caso, sendo justificável para fins dissuasórios, portanto, um recorte mais restritivo — neste caso, a aplicação da regra *per se* — ainda que casos irrelevantes pudessem estar sujeitos à condenação.²⁹⁶

2.3.2 Agências bem estruturadas para detectar, investigar e punir cartéis

Em interessante pesquisa empírica realizada em Chicago, Tyler²⁹⁷ investigou os fatores que levam as pessoas a cumprirem a lei. Este estudo sugere que a moralidade pessoal dos indivíduos e a legitimidade das autoridades perante os cidadãos têm um papel importante para o cumprimento da lei. Nesse caso, a obediência à lei tem uma abordagem psicológica, relacionada à percepção do indivíduo de que a lei é justa (com base na moralidade pessoal do indivíduo), bem como se relaciona com o papel exercido pela autoridade, isto é, é preciso que esta tenha legitimidade para aplicar a lei e seja capaz de influenciar o comportamento da sociedade.

²⁹⁶ Cf. FON, Vincy; PARISI, Francesco. On the Optimal Specificity of Legal Rules. **Journal of Institutional Economics**, v. 3, n. 2, p. 147-164, 2007.

²⁹⁷ TYLER, T. R. **Why People Obey the Law**. New Jersey, USA: Princeton University Press, 2006. Este livro imprimiu os resultados de um estudo de experiências, atitudes e comportamentos de uma amostra aleatória de cidadãos de Chicago com relação ao cumprimento da lei, seja por questões de moralidade, seja por questão da aplicação da lei pelas autoridades. Na primavera de 1984 foram feitas entrevistas, por telefone, por cerca de 25 minutos cada, com 1.575 entrevistados. Um subconjunto selecionado aleatoriamente, de 804 entrevistados, foi reentrevistado um ano mais tarde. Duas abordagens foram utilizadas para medir os efeitos desse estudo: (1) estudar uma amostra aleatória da população em geral, identificado por meio de algum processo de seleção aleatório; ou (2) estudar pessoas identificadas que tiveram experiências com a polícia ou tribunais, por meio de registros disponíveis no tribunal ou na polícia ou por meio de entrevistas nas delegacias de polícia, tribunais ou presídios.

Assim, de acordo com as conclusões desse estudo, a justiça procedimental tem um papel importante para que as autoridades alcancem a legitimidade — principalmente autoridades judicantes tomadoras de decisão. Sob o ponto de vista dos cidadãos entrevistados, a justiça procedimental é mais importante do que resultados justos isoladamente, pois os indivíduos precisam acreditar que suas visões e defesas estão sendo consideradas em uma decisão. Além disso, tais cidadãos acreditam que autoridades que aplicam processos justos provavelmente emitirão decisões justas, influenciando, assim, diretamente no comportamento da sociedade.

Diante disso, o cumprimento efetivo da lei/política pela sociedade, que se traduz na dissuasão de uma lei/política, depende da evolução de duas vias, ou seja: (i) a via das autoridades, que devem conquistar legitimidade perante a sociedade; e (ii) a via da sociedade, a qual tem de acreditar que a lei é justa para se sentir convencida de que deve ser cumprida. Note-se que estas vias estão intimamente conectadas, havendo um nexo causal entre elas, pois a evolução de uma se relaciona diretamente com a evolução da outra, ou melhor, o grau de legitimidade das autoridades se relaciona com o grau de cumprimento da lei pela sociedade, que, em conjunto, resultam no grau de dissuasão de uma lei/política (isto é, no grau de capacidade de uma lei/política influenciar e desencorajar o comportamento da sociedade).

Especificamente em relação aos cartéis, já foi mencionado que as leis e políticas dirigidas ao combate desta conduta são relativamente recentes, estando em fase de desenvolvimento — nos anos 1990, verifica-se a repressão a cartéis em âmbito internacional e, no Brasil, esta política se intensificou a partir do ano de 2003, conforme exposto no capítulo 1. Portanto, ainda que a política de combate a cartéis esteja em fase de desenvolvimento, nota-se que o estágio atual das referidas “vias” — i.e., via das autoridades de defesa da concorrência e via da sociedade — é, relativamente, de ascensão.

Fala-se em ascensão por dois motivos: (i) em relação à via das autoridades antitruste, estas estão investindo no desenvolvimento da cultura de combate a cartéis, visto que as agências, notadamente a brasileira, vêm estruturando seus regimes com ferramentas sofisticadas para detectar e reprimir essa conduta (e.g., a introdução de programas de leniência). Especificamente em relação ao Brasil, a reforma recente da lei de defesa da concorrência (como ferramenta de caráter material) e o progressivo reconhecimento

internacional do CADE (como ferramenta de caráter institucional) são sinais do aprimoramento do sistema, conforme exposto no capítulo 1; e, por outro lado, (ii) em relação à via da sociedade, esta está cada vez mais ciente dos danos e consequências da prática de cartel como um ilícito concorrencial condenável, pois eram recorrentes alegações de desconhecimento da lei e desinteresse sobre a nocividade e necessidade de punição desta prática pelos cidadãos e potenciais infratores.²⁹⁸

Portanto, é intuitivo que haja um nexos causal entre a ascensão dessas vias, pois, à medida que as autoridades foram conquistando legitimidade, devido ao seu desenvolvimento material e institucional, a sociedade, conseqüentemente, passaria a ter mais conhecimento da conduta e de sua nocividade.²⁹⁹ Nesses termos, há pesquisas sugerindo que elites empresariais vêm utilizando estratégias no cumprimento da lei, vale dizer, avaliam se eventuais lucros a ser aferidos com a prática do cartel compensam o descumprimento da lei e o risco de punição.³⁰⁰ Daí a importância de as autoridades concorrenciais estabelecerem um desenho de punição, cujo grau de dissuasão nele

²⁹⁸ Cf. Voto do Conselheiro Relator e demais Conselheiros, no âmbito do Processo Administrativo n. 08000.015337/1997-48 (primeira prática de cartel julgada pelo CADE), em que mencionam as alegações das representadas no sentido de que estas não tinham conhecimento da lei de defesa da concorrência. Disponível em: <www.cade.gov.br>. Acesso em 26 nov. 2013.

²⁹⁹ Nesse sentido, vale mencionar pesquisa empírica realizada com 1.219 residentes da Grã-Bretanha, com idade a partir de 18 anos, no período de 28 a 30 de março de 2007, pelo YouGov Plc e autorizada pelo ESRC Centre for Competition Policy. Tal trabalho apresentou resultados de uma pesquisa pública sobre as atitudes para a investigação da colusão e do cartel na Grã-Bretanha. De acordo com os resultados, a maioria dos entrevistados (73%) demonstrou ter consciência de que a fixação de preços é prejudicial e deve ser punida. Há um forte apoio para pesadas multas contra empresas, mas somente 1 em cada 10 britânicos acreditam que indivíduos responsáveis pela conduta deveriam ser presos. Restou demonstrado que sexo e idade dos entrevistados influenciam amplamente os resultados da pesquisa. Verificou-se, também, que educação e leitura de jornais têm menos efeito dissuasório, o que indica que a informação está sendo mal divulgada. Somente 20% dos entrevistados relataria o envolvimento de seu empregador na conduta sem garantia de anonimato e/ou uma recompensa; 14% não relataria por medo das potenciais consequências. A opinião pública é dividida sobre a necessidade de programas de leniência. Entrevistados consideram que o *enforcement* público é mais importante que compensar as partes prejudicadas pelos cartéis, por meio de ações privadas de danos. STEPHAN, Andreas. Survey of Public Attitudes to Price-Fixing and Cartel Enforcement in Britain. **The Competition Law Review**, v. 5, n. 1, p. 123-145, dez. 2008.

³⁰⁰ Cf. PARKER, Christine. Op. cit. Referido estudo usou evidências de duas fontes: um questionário amplo de pesquisa com 567 empresários australianos, cujo cargo fazia com que o cumprimento da lei anti-cartel fosse relevante; e entrevistas mais aprofundadas com 19 pessoas que praticaram cartel e 6 advogados internos que tinham experiências diretas com processos de investigação de cartel. O artigo alega que o conhecimento da lei por empresários é menos importante que a relação que eles têm com a lei. Elites empresariais se veem mais íntimas com a lei e, portanto, capazes de “jogar” estrategicamente, ao passo que pequenos empresários e gestores, situados em níveis baixos na hierarquia da empresa se veem como “inocentes” de qualquer conhecimento da lei. Portanto, o artigo salienta que o impacto da política de aumento de sanções aplicáveis às condutas ilícitas não pode ser entendida, apenas, em termos de diferença marginal em níveis agregados de dissuasão. Deve, também, ser observado como essa política interage com a experiência das pessoas, individualmente, perante a lei, para criar e manter ou contestar e desestabilizar a segmentação social e a desigualdade de cargos que existem dentro da hierarquia das empresas.

embutido leve em conta tais estratégias.

Além disso, o número crescente de acordos de leniência e acordos em cartel (no Brasil, os TCCs),³⁰¹ firmados entre as autoridades e infratores, é, no limite, um indício do caráter dissuasório da repressão a cartéis pelas autoridades, já que o medo da punição acaba encorajando a delação da infração em troca de imunidade ou redução da pena. Há estudos no sentido de que a introdução do acordo de leniência resultou em aumento do número de cartéis descobertos.³⁰² Em relação aos TCCs, além de serem uma forma eficiente de encerrar as investigações, evitando custos processuais, servem como meio de os signatários cooperarem com as autoridades, trazendo mais informações sobre o funcionamento do cartel, o que acaba por refletir na certeza da punição e nos elementos a fundamentar a quantificação da pena.

Portanto, na hipótese de haver um nexos causal entre a evolução das referidas vias, em um estado de mundo em que haja agências “legítimas”, i.e., bem-estruturadas para monitorar, detectar e punir cartéis (e.g., dispondo de ferramentas sofisticadas de investigação, como a leniência, e de um sistema de punição efetivo), verifica-se o seguinte círculo virtuoso³⁰³:

³⁰¹ De acordo com informações do sítio do CADE, aproximadamente 25 acordos de leniência foram assinados desde 2003, e outros estão sendo negociados atualmente, incluindo com membros de cartéis internacionais. Cf. <www.cade.gov.br>. Acesso em: 17 nov. 2013.

³⁰² Cf. MILLER, Nathan H. Strategic Leniency and Cartel Enforcement. **American Economic Association Review**, v. 99, n. 3, p. 750-768, 2009. Cf. também: HARRINGTON JUNIOR, Joseph E. Behavioral Screening and the Detection of Cartels. **European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels**, Oxford, UK: Hart, 2007. Disponível em: <<http://www.econ2.jhu.edu/People/Harrington/Florence.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2013.

³⁰³ Sobre esta sugestão, Werden et al. afirmam que os programas de leniência amortecem o efeito dissuasório do cartel. Primeiro, porque tais programas aumentam a esperada probabilidade de que a sanção será aplicada. Segundo, porque tais programas tem efeito desestabilizante do cartel. Terceiro, porque tais programas facilitam a investigação trazendo evidências que não seriam obtidas pela autoridade individualmente. Quarto, porque tais programas induzem à cooperação de empresas fornecendo informações úteis sobre a existência de outros cartéis. (WERDEN, Gregory J. et al. Op. cit., p. 15; Cf. também: HARRINGTON JUNIOR, Joseph E. Behavioral Screening... Op. cit. Cf. também: MILLER, Nathan H. Op. cit., p. 750-768.

Figura 5 - Ilustração, exemplificativa, de autoridades legítimas³⁰⁴

Assim, em consonância com a referida pesquisa empírica realizada por Tyler,³⁰⁵ para que as autoridades conquistem a “legitimidade dissuasória” suficiente para influenciar o comportamento da sociedade quanto ao cumprimento da lei, é importante que disponham dessas ferramentas para monitorar e detectar cartéis, a fim de que a certeza de condenação seja mais evidente e efetiva. Para tanto, as agências precisarão de recursos financeiros para sustentar tais investigações, bem como da cooperação de outras esferas jurídicas (e.g. esfera criminal), cuja *expertise* persecutória pode complementar e colaborar para o sucesso das investigações. Além disso, é necessário que as agências tenham estruturas institucionais independentes, não se sujeitando à captura de interesses econômicos e/ou políticos. A falta de independência das autoridades pode afetar a credibilidade da agência perante a sociedade e, também, refletir negativamente na efetividade das ferramentas que contribuem para as investigações (e.g., os programas de leniência e os TCCs).

Como visto, as autoridades de concorrência estudadas nesta dissertação, assim

³⁰⁴ Elaboração própria.

³⁰⁵ TYLER, T. R. Op. cit.

como o CADE, vêm aprimorando seus regimes com a introdução de ferramentas dessa natureza — as mais notáveis ferramentas disponíveis no Brasil são os programas de leniência, os TCCs, as buscas e apreensão e a interceptação telefônica. Além das mudanças introduzidas pela alteração legislativa recente, o SBDC empreendeu algumas frentes, com vistas a aperfeiçoar a política de combate a cartéis, quais sejam: (i) as iniciativas de caráter educativo; (ii) a evolução dos mecanismos de investigação propriamente ditos; e (iii) as parcerias com outras esferas jurídico-administrativas visando a legitimar a utilização das ferramentas de investigação.

O que se espera saber, também, nesta pesquisa é se tais ferramentas contribuem, efetivamente, para a formulação da decisão condenatória e, sobretudo, da pena. A hipótese desta análise é a de que tais ferramentas auxiliam com maior número de provas e evidências mais detalhadas sobre a atividade do cartel, contribuindo, assim, para a formulação de uma pena mais motivada e, no limite, mais severa, conforme será detalhado adiante.

A propósito, indispensável pontuar que a frequência de aplicação da reincidência pelas autoridades, como agravante das penas, pode servir de indício da efetividade da política repressiva de cartéis, além de ser um termômetro sobre a legitimidade das autoridades. Porém, algumas pesquisas vêm sendo realizadas nesse sentido e a maioria delas ainda é inconclusiva sobre essa intuição. Há aquelas que apresentam resultados de que ainda há traços permanentes da atuação de cartéis, embora as autoridades estejam investindo em ferramentas de monitoramento, detecção e aumentando, significativamente, a punição. Assim, as evidências desses estudos servem, no limite, para encorajar as autoridades a investirem cada vez mais no desenvolvimento desta política.^{306, 307}

³⁰⁶ Em pesquisa empírica realizada por Connor, este encontrou uma amostra de 389 reincidentes envolvidos em condutas internacionais de fixação de preços nos últimos 20 anos (i.e. 1990-2009). Algumas características foram analisadas acerca dos reincidentes (número de participantes; segmento de mercado dos infratores; localização geográfica; tipo de cartel; tamanho dos participantes; duração, etc.). A pesquisa, embora não tenha trazido sinais muito exatos, concluiu que, após 2004, a frequência de reincidência caiu ligeiramente em comparação aos dez anos prévios; reincidentes mais frequentes passaram a se candidatar a programas de leniência; e, em geral, a taxa de reincidência está subindo. Diante disso, este autor entende que há justificativas para as autoridades continuarem a aplicar multas pesadas e outras sanções para reincidentes em cartéis. (CONNOR, John M. **Recidivism Revealed**: Private International Cartels 1990-2009. 25 set. 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1688508>>. Acesso em: 15 nov. 2013).

³⁰⁷ Cf. HARRINGTON JUNIOR, Joseph E. Modelling the Birth and Death of Cartels with an Application to Evaluating Antitrust Policy. **Journal of the European Economic Association**, v. 7, n. 6, p. 1.400-1.435,

Cabe aqui notar que a introdução de ferramentas sofisticadas para descoberta de cartéis refletiu no aumento da probabilidade de caracterização da conduta, dificultando a defesa do potencial infrator. Daí a importância de as agências antitruste se preocuparem com os critérios de análise e de aplicação do direito, tornando as decisões — notadamente as decisões impondo sanções — mais transparentes e com métodos mais sistemáticos, o que traz segurança jurídica ao potencial infrator e, por conseguinte, reflete no grau de legitimidade da instituição.

Adicionalmente, considerando a importância procedimental — proposta por Tyler³⁰⁸ — da análise das autoridades concorrenciais, importante observar o tempo de análise de uma investigação de cartel, desde sua descoberta até a decisão condenatória, pois, conforme já mencionado, os agentes praticantes de cartel calculam em suas estratégias a possível morosidade da análise das autoridades concorrenciais e, eventualmente, da esfera judicial,³⁰⁹ a fim de verificar se o lucro a ser auferido com a prática da conduta, somado ao tempo de investigação na esfera concorrential e judiciária, resultará em saldo positivo ou negativo.³¹⁰ Sob o ponto de vista da estrutura institucional, a autoridade concorrential deve levar em conta esta variável “procrastinatória” para a construção dos fins dissuasórios da punição, mitigando seu uso estratégico pelos potenciais infratores.

Finalmente, foi visto que a harmonização internacional das estratégias das autoridades para repressão de cartéis é uma variável relevante, principalmente tratando-se de cartéis internacionais, cujos sobrepreços são os mais elevados e os reflexos são negativos, sobretudo para os países em desenvolvimento, como o Brasil. A importância dessa variável se justifica em vista dos fins almejados com a dissuasão internacional do

dez. 2009.. Disponível em: <<http://www.econ2.jhu.edu/People/Harrington/jeea09.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

³⁰⁸ TYLER, T. R. Op. cit.

³⁰⁹ Em pesquisa envolvendo a revisão judicial das decisões do CADE, verificou-se que o tempo médio de tramitação total no Judiciário é de cinco anos e três meses, com acentuadas diferenças entre os tempos de tramitação na primeira instância (dois anos e dois meses) e nas recursais (por volta de três anos nos TRFs e um ano no STJ). (SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO. **Revisão judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)**: pesquisa empírica e aplicada sobre os casos julgados pelos Tribunais Regionais Federais (TRFs), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF). Belo Horizonte. Editora Fórum. 2011).

³¹⁰ Cf. CONNOR, John M. Effectiveness of Antitrust Sanctions... Op. cit., p. 202.

combate a cartéis, além da probabilidade de a cooperação internacional melhorar os níveis de detecção e, acima de tudo, de punição.

2.3.3 Sistema de pena efetivo

Sob o ponto de vista econômico, Becker, em artigo considerado inaugural da análise econômica do direito penal³¹¹ sugeriu que o desenho de uma sanção ótima, a qual produza os desejáveis efeitos dissuasórios, pode ser obtido pelo estabelecimento de uma sanção (“S”) e da probabilidade de a conduta ser detectada e punida (“a”), em um nível tal que a sanção esperada (i.e., “S × a”) seja igual aos danos sociais (“H”). O desenho desta sanção pode ser traduzido na seguinte equação:

$$S \times a = H.$$

Esta simples equação é conhecida como “*Becker’s rule*”, a qual sugere que, para todas aquelas condutas que são socialmente ineficientes (ou seja, condutas em que o ganho do infrator (“G”) seja menor que o dano social), a sanção esperada deve ser maior que o ganho (i.e., “S × a > G”). Assim, o potencial infrator não empreenderá uma conduta se sua expectativa de ganho for negativa. A “*Becker’s rule*” assegura uma dissuasão ótima, mas somente em um mundo com nenhum custo de *enforcement* e de perfeita simetria de informação.

Ao longo dos anos esta regra foi aperfeiçoada. Polinsky e Shavell,³¹² por exemplo, sugerem que, levando em conta que a investigação de supostos crimes e a imposição de sanções têm um custo, as sanções não deveriam somente ser estabelecidas de modo a deter todas as condutas ineficientes, em um mundo de informações perfeitas e sem custos de

³¹¹ O desenho da sanção ótima é um dos principais trabalhos de Gary S. Becker. Cf. BECKER, G. S. Crime and Punishment: an Economic Approach. **Journal of Political Economy**, n. 76, p. 169-217, 1968. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2013. Vale notar que cerca de duzentos anos antes deste trabalho — exatamente em 1764 —, foi editado o trabalho de Cesare Beccaria, o qual tinha uma visão diferente de Gary S. Becker. Beccaria, defensor da prevenção geral da pena, acreditava que a pena ótima deveria ser determinada pelo lucro obtido pelo infrator, ou seja, a pena deveria se basear no ganho. Becker, por outro lado, sugeriu que a pena deveria ser calculada de acordo com o dano causado pela conduta. Cf. BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, SP: Russel, 2006.

³¹² Cf. POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. The economic theory of public enforcement of law. **NBER Working Paper Series**. Cambridge, UK: National Bureau of Economic Research, n. 6.993, 1999. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w6993.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2013.

enforcement, conforme determinado pela “*Becker’s rule*”. De acordo com os autores, as sanções deveriam ser estabelecidas levando-se em conta que os danos causados à sociedade por essas condutas são maiores que o ganho acumulado pelo infrator, somados aos valores dos recursos poupados pelo descumprimento da lei.

Nesses termos, especificamente em relação aos cartéis, há diversas discussões na literatura especializada sobre qual seria a fórmula ideal e o grau de dissuasão satisfatório para punição dessa conduta imputável, principalmente levando-se em conta que cartéis são prejudiciais ao mercado, são difíceis de ser descobertos e seus agentes computam os potenciais benefícios (isto é, os frutos da conduta) *vis-à-vis* os potenciais custos de prática ilícita. Há diversas discussões, ainda, sobre qual é o tipo de pena apropriada para dissuadir a prática de cartéis (e.g., penas privativas de liberdade, pena de multa, pena de desqualificação profissional, etc.) e sobre a importância da combinação desses tipos de penas. Ademais, pensando em efeitos dissuasórios, os custos sociais com a aplicação da lei — isto é, os custos despendidos pelas autoridades com as ferramentas de monitoramento, detecção, persecução e punição — devem ser embutidos no cômputo da sanção.³¹³

2.3.3.1 Formato da punição para fins dissuasórios

Quanto ao formato da punição, já foi visto que, para a OCDE, (i) a efetiva dissuasão requer a imposição de uma multa contra as organizações participantes de um cartel, a qual se refere ao múltiplo do ganho estimado daqueles cartéis que são descobertos, e (ii) sanções impostas contra pessoas físicas podem trazer um importante e adicional efeito dissuasório.³¹⁴

Nesse sentido, Veljanovski,³¹⁵ estudando o caráter dissuasório da punição contra cartéis, verificou que as punições na Europa se intensificaram nos últimos anos (i.e., as multas aplicadas na década de 2000-2010 foram quatro vezes maiores que todas aquelas impostas nas três décadas anteriores). Segundo o autor, o nível das multas para deter adequadamente os cartéis depende das respostas para as seguintes questões: “(1) As multas

³¹³ Cf. GINSBURG, Douglas H.; WRIGHT, Joshua D. Antitrust Sanctions. **Competition Policy International**, v. 6, n. 2, p. 3-39, outono 2010.

³¹⁴ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Fighting Hard Core Cartels**. Op. cit., p. 172.

³¹⁵ VELJANOVSKI, Cento. Cartel Fines in Europe. Op. cit., p. 19.

levam em conta os prejuízos acumulados dos consumidores com a vida do cartel?” e “(2) As multas refletem o fato de que nem todos os cartéis são detectados e processados?”.³¹⁶

A resposta desejável à primeira questão exigiria da autoridade a realização do cálculo do sobrepreço do cartel, uma vez que tal variável possibilitaria dimensionar os lucros resultantes da conduta, os prejuízos ocasionados ao mercado e a gravidade da infração. O cálculo do sobrepreço imposto por condutas de cartel contribuiria para a formulação de uma punição satisfatória, à proporção do ilícito, e com caráter mais próximo do “retributivo” (termo utilizado no direito criminal). Mas, conforme exposto no capítulo 1, as autoridades costumam ter dificuldades para realizar o cálculo dessa variável, razão pela qual optam por se basear em estimativas de sobrepreço de cartéis — os sobrepreços são consolidados por algumas pesquisas empíricas (e.g. a OCDE estimou que a média do sobrepreço é de 15% a 20%).

A resposta para a segunda questão diz respeito à multa esperada para a punição dissuasória de cartéis, levando em conta as dificuldades de descoberta e punição dessa prática. Nesse caso, Veljanovski sugeriu que a multa necessária para deter cartéis deve ser aumentada (multiplicada), a fim de que a multa esperada seja igual às perdas agregadas dos consumidores. Essa ideia de que a multa dissuasória deveria ser algum múltiplo do lucro/prejuízo resultante do cartel é familiar, principalmente ao direito antitruste norte-americano, que se baseia na doutrina do “*treble damages*”.

Para Wils,³¹⁷ as multas são instrumentos importantes de prevenção de infrações por três motivos. O primeiro se refere ao efeito dissuasório, devido à ameaça de ser processado e punido com quantias que podem ultrapassar o cálculo prévio das empresas, acerca dos custos e benefícios do cometimento da infração. O segundo se refere ao efeito moral das infrações antitruste. De fato, o comprometimento psicológico do cidadão com a lei explica o grau de cumprimento da lei, conforme ensina a referida pesquisa de Tyler.³¹⁸ O terceiro se refere à instabilidade do cartel — decorrente da introdução de políticas de leniência — e às circunstâncias agravantes e atenuantes que afetam a dosagem da pena, as quais fazem

³¹⁶ Tradução livre do original: “(1) *Do fines approximate accumulated consumers’ losses over the life of the cartel? and (2) Do fines reflect the fact that not all cartels are detected and prosecuted?*” Cf. também COMBE, Emmanuel; MONIER, Constance. Op. cit.; e STUCKE, Maurice E. Op. cit.

³¹⁷ WILS, Wouter P. J. Optimal Antitrust Fines. Op. cit., p. 11.

³¹⁸ TYLER, T. R. Op. cit.

com que o custo de estabelecimento e monitoramento do cartel pelos seus membros possa ser aumentado.

Além disso, referido autor observou que a utilização de multas para deter infrações antitruste tem diversas implicações, entre elas: (i) as multas não precisam ser elevadas para que condutas de cartel deixem de ser praticadas pelos agentes de mercado, ou seja, o fato de a conduta ainda ser recorrente não deve significar que as multas aplicadas no passado foram insuficientes para dissuadir os agentes de mercado quanto à prática do ilícito; (ii) confirma a importância de as autoridades darem a máxima publicidade nos casos em que a descoberta e punição for bem sucedida, principalmente em casos envolvendo as mais altas multas; e (iii) as multas aplicadas isoladamente nunca serão capazes de alcançar a completa dissuasão.³¹⁹

2.3.3.2 Nível da pena

Especificamente em relação ao item (i) sustentado anteriormente por Wils, nota-se que discussões sobre a força ou dosagem da multa são recorrentes entre os estudiosos do direito da concorrência. Wils enfatizou que o fato de condutas de cartel ainda serem descobertas não quer significar que as penas anteriormente aplicadas eram insuficientes. Para o autor, há um limite para aplicação de multas elevadas, fundado na capacidade de pagar dos infratores, nos custos sociais e econômicos de multas elevadas e na perspectiva da justiça proporcional. Segundo Wils, multas demasiadamente elevadas podem levar as empresas infratoras à falência, resultando em indesejáveis efeitos sociais e econômicos ao mercado como um todo (i.e., não apenas ao infratores, como também aos empregados, clientes, fornecedores, credores, etc.).³²⁰

A opinião de Martinez alinha-se ao raciocínio de Wils, no sentido de que multas elevadas associadas a baixas probabilidades de descoberta do cartel não aumentam a dissuasão; pelo contrário, têm eficácia declinante e reduzido efeito dissuasório incremental:

³¹⁹ WILS, Wouter P. J. Optimal Antitrust Fines. Op. cit., p. 16.

³²⁰ Nessa linha, cf. BUCCIROSSI, Paolo; SPAGNOLO, G. Optimal Fines in the Era of Whistleblowers: Should Price Fixers Still go to Prison? **Lear Research Paper**, n. 05-01, 12 dez. 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=871726>. Acesso em: 12 nov. 2013.

No contexto da análise econômica do direito, a resposta de por que penas pecuniárias infinitamente severas associadas a probabilidades muito pequenas de detecção não são suficientes para a dissuasão reside na constatação de que estas têm eficácia declinante. Em nosso exemplo, majorar uma multa de 4 (quatro) para 5 (cinco) vezes o valor sonegado provavelmente não aumentaria o efeito dissuasório em 20% (vinte por cento). Uma das razões pelas quais isso ocorre tem relação com a “capacidade de pagamento”. Depois de um determinado patamar, aumentos de uma pena pecuniária têm reduzido efeito dissuasório incremental porque a imposição recairá sobre o sujeito (indivíduo ou empresa) que já não tem capacidade de absorver o montante adicional da multa.³²¹

O argumento de que multas elevadas resultam em custos sociais — eventualmente ocasionados por falência de empresas — tem como premissa que os consumidores não só pagaram mais caro pelos produtos/serviços durante a vigência do cartel, como também poderão não se beneficiar de políticas de descontos e investimentos em novos produtos ou tecnologias, caso as empresas infratoras estiverem pagando pesadas multas pela prática do cartel, motivo que as inibiria de ter ações agressivas no mercado. Ademais, a probabilidade de o valor das multas ser transferido diretamente aos consumidores é maior nos mercados com altas barreiras à entrada e com elevada concentração, os quais são mais propensos à formação de cartéis.^{322, 323}

Considerando a possibilidade de que penas de multa elevadas podem levar empresas à falência, a Comissão Europeia, por meio do 2006 EU Fining Guidelines, prevê que, em caráter excepcional, a CE pode levar em conta a capacidade de pagar das empresas, em um contexto social e econômico específico (ponto 35).³²⁴ De modo semelhante, no US Federal Sentencing Guidelines, há previsão de os tribunais reduzirem as multas se as empresas não forem capazes de pagar a multa devida. (U.S.C. §8C3.3). No sistema brasileiro há, no artigo 45, inciso VII, da Lei n. 12.529/2011, como circunstância agravante ou atenuante da pena, “a situação econômica do infrator”.

³²¹ MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit., p. 38.

³²² Cf. Ibidem, p. 50-51.

³²³ Cf. KOBAYASHI, Bruce H. Antitrust, Agency and Amnesty: an Economic Analysis of the Criminal Enforcement of the Antitrust Laws Against Corporations. **George Washington Law Review**, v. 69, n. 5-6, p. 715-744, out./dez. 2001, p. 715-744.

³²⁴ Cf. STEPHAN, Andreas. The Bankruptcy Wildcard in Cartel Cases. **Centre for Competition Policy Working Paper**, n. 06-5; **Journal of Business Law**, p.511-534, ago. 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=912169>. Acesso em 10 dez. 2013, p. 1-18.

Motta,³²⁵ por sua vez, repudia as pesquisas que dizem que penas severas levam empresas à falência e que as multas altas serão pagas pelos consumidores, por meio de preços mais altos.³²⁶

Em discurso³²⁷ feito pelo Conselheiro de Concorrência da CE, Joaquín Almunia, em junho de 2010, este declarou, referindo-se à crise do continente europeu, que as multas continuariam a ser estabelecidas em um nível de real dissuasão, mas, ao mesmo tempo, enfatizou que a CE tem ciência de que algumas empresas estavam com dificuldades financeiras em virtude da crise econômica, razão pela qual a CE aplicaria multas mais baixas, a fim de não eliminar empresas do mercado, garantindo a promoção da concorrência. De acordo com Fabra e Motta,³²⁸ a política antitruste de caráter sancionador deveria ser mais severa em tempos de crescimento (emergência econômica) ao passo que, em tempos de recessão (crise econômica), essa política deveria ser mais leniente.

Por outro lado, há quem defenda que a multa para práticas de cartel deve ser severa, já que o membro do cartel certamente faz uma escolha racional ao optar pelo acordo ilegal, pois não se sujeitaria a infringir a lei se o lucro derivado da conduta anticompetitiva fosse inferior aos custos de participar dela.^{329, 330} Esta hipótese tem como premissas que as sanções sejam estabelecidas dentro dos limites da razoabilidade e proporcionalidade, para não haver redução de bem-estar social.³³¹

Nesse sentido, interessante estudo de Kessler e Levitt³³² mediu, empiricamente,

³²⁵ Cf. MOTTA, Massimo. On Cartel Deterrence and Fines in the European Union. **European Competition Law Review**, v. 29, n. 4, p. 209-220, 2008, p. 1-14.

³²⁶ De acordo com Ginsburg e Wright, estes não encontraram evidências de que as multas impostas às empresas serão repassadas aos consumidores por meio do aumento de preços dos produtos/serviços. (GINSBURG, Douglas H.; WRIGHT, Joshua D., Op. cit. p. 9).

³²⁷ Cf. ALMUNIA, Joaquín. **Bathroom Fittings Cartel**. Bruxelas, 23 jun. 2010. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-335_en.htm>. Acesso em: 3 nov. 2013.

³²⁸ FABRA, Natalia; MOTTA, Massimo. Antitrust Fines in Times of Crisis. **Discussion Paper Series, n. 9.290**. Centre for Economic Policy Research. 2013. Disponível em: <www.cepr.org/pubs/dps/DP9290.asp>. Acesso em: 10 jan. 2013.

³²⁹ Cf. CONNOR, John M.; LANDE, Robert H. Cartel Overcharges... Op. cit.

³³⁰ Cf. COMBE, Emmanuel; MONIER, Constance. Op. cit.

³³¹ Ginsburg e Wright não encontraram nenhuma evidência de que o aumento de penas pecuniárias às empresas e o aumento do número de prisões correspondem a um significativo declínio da atividade do cartel. (GINSBURG, Douglas H.; WRIGHT, Joshua D., Op. cit. p. 14).

³³² Cf. KESSLER, Daniel; LEVITT, Steven D. Using Sentence Enhancements to Distinguish Between Deterrence and Incapacitation. **National Bureau of Economic Research Working Paper**, n. 6.484.

quanto o endurecimento das penas pode afetar a incidência do crime. Os autores consideraram o aumento de penas privativas de liberdade nos Estados Unidos na década de 1990, para os criminosos reincidentes, e escolheram o estado da Califórnia para testar o efeito dissuasório do aumento das penas. De acordo com os resultados da pesquisa, os autores encontraram que a queda média da incidência de crimes com o aumento da severidade das penas foi de 15,4%, ao passo que os crimes que não sofreram alteração a queda média foi de 2,9%. Com isso, os autores concluíram que os indivíduos reagem à severidade da pena.

O estudo de Kessler e Levitt, por ter analisado somente penas privativas de liberdade, pode não representar a realidade envolvida pelas penas de multas. Entretanto, fato é que estas vêm, continuamente, sendo mais pesadas, tanto nas jurisdições tradicionais, conforme estatísticas da CE e do DOJ já apresentadas, quanto no Brasil. O CADE vem aumentando significativamente os valores das multas impostas a cartéis nos últimos anos, o que resultou em um dos motivos de a revista britânica *Global Competition Review* ter premiado o CADE com algumas estrelas no ranking de autoridades de destaque.

2.3.3.3 Tipos de pena

Inicialmente, vale retomar os demais itens indicados por Wils, acerca das implicações dissuasórias das multas, quais sejam: (ii) a publicidade nos casos em que a descoberta e punição for bem sucedida, principalmente em casos envolvendo as mais altas multas; e (iii) as multas aplicadas isoladamente nunca serão capazes de alcançar a completa dissuasão.

O item (ii) leva em conta tanto as iniciativas nacionais de caráter educativo³³³ — que possam informar à sociedade sobre os prejuízos da prática de cartel ao mercado, bem

Cambridge, UK, 1998. Disponível em: <<http://pricetheory.uchicago.edu/levitt/Papers/KesslerLevitt1999.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

³³³ Conforme já mencionado, o SBDC empreendeu algumas iniciativas com o objetivo educativo de difundir a cultura de cartel no Brasil: publicou diversas cartilhas, com informações didáticas sobre a prática de cartel e seus reflexos para sociedade e para os consumidores, bem como o funcionamento da política de combate a cartéis; instituiu, em 2008, o dia 8 de outubro (data em que foi firmado o primeiro acordo de leniência no Brasil) como o “Dia Nacional do Combate a Cartéis”.

como os riscos do potencial infrator perante a autoridade concorrencial — quanto o reconhecimento da autoridade concorrencial perante os fóruns internacionais. Por outro lado, o *marketing* feito pelas autoridades antitruste também tem relevância, já que a divulgação de descoberta de cartéis e de pesadas multas nos veículos de comunicação pode surtir efeitos dissuasórios efetivos, desde que sejam utilizados os meios de comunicação adequados. No aparato jurisdicional do sistema antitruste brasileiro, há previsão de sanções envolvendo obrigações de fazer e não fazer que podem contribuir, nesse sentido, para os efeitos dissuasórios, entre elas: a obrigação de publicação da decisão em jornal de grande circulação (art. 24, I, da Lei n. 8.884/1994 e art. 38, I, da Lei n. 12.529/2011), bem como o registro do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor (art. 24, III, da Lei n. 8.884/1994 e art. 38, III, da Lei n. 12.529/2011).

Quanto ao item (iii) — isto é, as multas aplicadas isoladamente nunca serão capazes de alcançar a completa dissuasão —, pode-se dizer que esta hipótese é intuitiva, notadamente considerando-se que ao menos as jurisdições estudadas nesta dissertação contam com regimes de pena não adstritos exclusivamente às penas de multa. A jurisdição norte-americana, além da multa, conta com a repressão criminal e civil. A Comissão Europeia conta com a multa e com a repressão civil. O OFT conta com a multa, repressão criminal e civil, além da desqualificação profissional. E, no Brasil, na esfera administrativa, há a pena de multa e a cominação de obrigações de fazer e não fazer; na esfera criminal, as penas de multa e privativa de liberdade; e, na esfera civil, as ações de indenização.

Em 2007, o OFT publicou relatório³³⁴ acerca do resultado de uma pesquisa empírica realizada pela Deloitte envolvendo questões sobre o efeito dissuasório do *enforcement* do direito da concorrência, sob o ponto de vista de empresários e advogados. A pesquisa apresentou que os empresários e advogados destacaram, para fins dissuasórios de punição de cartel, a importância de sanções em face de indivíduos, além de preocupações envolvendo publicidade adversa, penas pecuniárias e ações privadas de danos, na seguinte ordem de importância:

³³⁴ Cf. REINO UNIDO. The Deterrent Effect of Competition Enforcement by the OFT. **OFT Report**, n. 962, nov. 2007. Disponível em: <http://www.of.gov.uk/shared_of/reports/Evaluating-OFTs-work/oft962.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2013.

Tabela 5 - Ranking de importância das sanções com efeitos dissuasórios das infrações de cartel³³⁵

Empresários	Advogados
1. Penas criminais	1. Penas criminais
2. Desqualificação profissional	2. Multas
3. Publicidade adversa	3. Desqualificação profissional
4. Multas	4. Publicidade adversa
5. Ações privadas de danos	5. Ações privadas de danos

Note-se que os empresários e advogados consultados na referida pesquisa entendem que as penas criminais (isto é, penas privativas de liberdade) possuem os maiores efeitos dissuasórios e que as ações de indenização são as que menos surtem efeitos dissuasórios. Ademais, os empresários se sentem menos coagidos com as multas do que com a imposição de desqualificação profissional.

Pesquisas dessa natureza devem ser interpretadas com certo grau de neutralidade, pois características culturais e específicas de um determinado regime (seja ele jurídico, social, econômico ou político) devem ser levadas em conta antes de qualquer conclusão, para que estas não sejam enviesadas de acordo com a dimensão restritiva desse tipo de pesquisa empírica.³³⁶ Como exemplo, fica difícil afirmar com elevado grau de certeza que ações privadas de danos têm um efeito dissuasório baixo nos Estados Unidos, devido à tradição do *treble damages* naquela jurisdição. Ademais, considerando que a desqualificação profissional é uma sanção mais usual pela autoridade de concorrência do Reino Unido, talvez este tipo de sanção tivesse menos importância se os entrevistados da pesquisa fossem de uma jurisdição que não dispusesse dessa sanção.³³⁷ Todavia, o resultado unânime de que as sanções criminais possuem maior efeito dissuasório não deve ser ignorado.

³³⁵ Cf. REINO UNIDO. Office of Fair Trade. Drivers of Compliance and Non-compliance with Competition Law. **OFT Report**, n. 1.227, maio 2010. Disponível em: <http://www.oft.gov.uk/shared_oftr/reports/comp_policy/oft1227.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2013.

³³⁶ Em sentido oposto, pesquisa empírica realizada na Grã-Bretanha, já referida neste trabalho, encontrou que os entrevistados dão forte apoio para aplicação de pesadas multas contra empresas, mas somente 1 em cada 10 britânicos acreditam que indivíduos responsáveis pela conduta deveriam ser presos. Cf. STEPHAN, Andreas. Survey of Public Attitudes... Op. cit.

³³⁷ Sobre o reflexo das características culturais de cada jurisdição, cf. BIGONI, Maria et al. Fines, Leniency, Rewards and Antitrust: an Antitrust Experiments. **The RAND Journal of Economics**, v. 43, n. 2, p. 368-390, verão 2012.

Há uma extensa literatura defensora³³⁸ da repressão criminal de cartel, fortemente influenciada pela doutrina norte-americana, a qual tem a maior tradição na punição criminal de cartéis — note-se que a jurisdição norte-americana é uma das mais reconhecidas internacionalmente no combate a cartéis. Em depoimento à Divisão Antitruste norte-americana, executivo de alto escalão afirmou: “[...] desde que você esteja falando somente sobre dinheiro, a empresa pode no fim do dia cuidar disso para mim, mas uma vez que você esteja falando sobre tirar minha liberdade, não há nada que a empresa possa fazer por mim.”³³⁹

Aos olhos de Martinez,³⁴⁰ o tratamento penal para a prática de cartel, com cominação de pena privativa de liberdade, é necessário para se atingir o efeito dissuasório satisfatório. Mas, de acordo com a autora, a pena privativa de liberdade “é apenas parte da ‘equação dissuasória’: a fixação e a execução em concreto da pena e a efetividade do funcionamento do aparato jurisdicional entram no cômputo de probabilidades”. Ou seja, se o infrator for condenado e nunca tiver de cumprir a pena, beneficiando-se de uma substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por exemplo, a dissuasão será reduzida. Daí a importância de um regime criminal efetivo e bem-estruturado.

Por outro lado, há ponderações acerca da repressão criminal de cartéis,³⁴¹ seja em relação à necessidade de persecução criminal para proteção do bem jurídico lesado (qual seja, o mercado), uma vez que outras punições podem ser suficientes para prevenir o ilícito; seja em relação ao custo social excessivo da pena privativa de liberdade, isto é, os custos financeiros para a administração da justiça e manutenção do sistema carcerário,

³³⁸ De acordo com Curtis e McNally, as pessoas costumam ser avessas à aplicação de penas privativas de liberdade a crimes de “colarinho branco”, em que se enquadram os cartéis, em razão de tais crimes não ter vítimas diretas. Geralmente, a sociedade entende que os crimes que merecem penas privativas de liberdade são os crimes que acontecem nas “ruas”. Segundo estes autores, isto é uma falácia, já que a vítima é a sociedade. (CURTIS, Mary E.; MCNALLY, John. *The Classic Cartel: Hatchback Sentence?* **The Competition Law Review**, v. 4, n. 1, p. 41-50, out. 2007). Cf. também: WERDEN, Gregory J. et al. Op. cit.; BUCCIROSSI, Paolo; SPAGNOLO, G. Op. cit.

³³⁹ Tradução livre do original: “[...] as long as you are only talking about money, the company cannot in the end of the day take care of me... but once you begin talking about taking away my liberty there is nothing that the company can do for me.” (BAKER, Donald I. *The use of criminal law remedies to deter and punish cartels and bid-rigging*, **George Washington Law Review**, v. 69, n. 5-6, p. 693-705, 2001).

³⁴⁰ MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit., p. 39.

³⁴¹ Cf. WILS, Wouter P. J. *Is Criminalization...* Op. cit.; Cf. também: BUCCIROSSI, Paolo; SPAGNOLO, G. Op. cit.

entre outras. Nesses termos, Shavell³⁴² aponta que sanções não pecuniárias devem ser aplicadas apenas quando as sanções pecuniárias não sejam dissuasórias o suficiente.³⁴³

Além disso, quanto à pena de desqualificação profissional, originária do Reino Unido, há discussões sobre sua efetividade.³⁴⁴ A uma, porque atinge funcionário de nível hierárquico elevado, embora a maioria dos envolvidos nas condutas de cartel seja funcionários de baixos cargos da empresa ou gerentes comerciais. A duas, pelo fato de que executivos de alto escalão geralmente têm idades avançadas e a morosidade das investigações pode não ser eficaz, caso o indivíduo já esteja aposentado.³⁴⁵

No Brasil, não há previsão expressa dessa sanção, porém, os incisos VI e VII do artigo 38 da Lei n. 12.529/2011 podem vir a ser interpretados pelo CADE de modo semelhante à desqualificação profissional, em vista de abrangência e abstração do texto destes dispositivos. O inciso VI determina “a proibição de exercício de comércio em nome próprio ou como representante da pessoa jurídica, pelo prazo de cinco anos”. Ainda que não esteja expresso, pode vir a ser utilizado pelo CADE para proibir indivíduos de exercerem altos cargos com poderes para representar a companhia pelo prazo previsto na norma. O inciso VII, por sua vez, determina: “[...] qualquer outro ato ou providência necessário para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica”. Embora este dispositivo não dê poderes ao CADE para criar outras formas de sanções (a lei fala em “ato ou providência”), sua redação abre margens para a autoridade agir de forma não previsível, em razão da abrangência *ex ante* do dispositivo, trazendo insegurança para o administrado.

Finalmente, em relação às ações privadas de ressarcimento de danos (individuais, individuais homogêneos e/ou difusos) provocados pela atividade do cartel, foi visto que todas as jurisdições estudadas nesta pesquisa contam com a interface dessas ações de competência da esfera civil para auxiliar na completude da política dissuasória de repressão a cartéis. Como esperado, tais ações podem ter reflexos positivos e negativos

³⁴² Cf. SHAVELL, Steven. The Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent. **American Economic Review**. Nashville, v. 77, n. 4, p. 584-592, 1987. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/77_Amer_Econ_Rev_584.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2013.

³⁴³ Cf. KHAN, Aaron. op. cit.

³⁴⁴ Há, contudo, opiniões favoráveis, cf. Ibidem. p. 89 et seq.

³⁴⁵ Cf. MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit., p. 56); FABRA, Natalia; MOTTA, Massimo. op. cit.

para a política de combate a cartéis e para o bem-estar da coletividade,³⁴⁶ o que não é diferente quando se pensa em um regime criminal, por exemplo, o qual gera discussões sobre sua necessidade, tal como visto anteriormente.

A interface da esfera civil, diante da política de repressão a cartéis, traz reflexões já mencionadas neste trabalho, envolvendo o aumento dos custos de processos (cálculo de danos) e alguns potenciais riscos, entre eles: os possíveis conflitos entre decisões administrativas e judiciais; os possíveis impactos negativos no programa de leniência;³⁴⁷ os possíveis impactos negativos na concorrência causados por decisões não satisfatórias, entre outros. Aos olhos críticos de Hovenkamp,³⁴⁸ os reclamantes de ações privadas buscam muito mais interesses próprios que o interesse público:

Reclamantes privados não ingressam com ações pautadas na lei antitruste com vistas a aumentar o bem-estar geral. Eles processam visando promover interesses próprios. A maior parte dos reclamantes privados processa para compensar queixas particulares. A maioria dos reclamantes busca a compensação para si mesmos. Para ter certeza, advogados geralmente descrevem os casos de seus clientes com fundamentos no interesse público. Mas a maioria dos casos não envolve ações de interesses públicos, os motivos reais são privados. [...] As vítimas não são apenas consumidores, mas também rivais, fornecedores, e empresas operando em mercados complementares. Consequentemente, uma violação antitruste pode criar muito mais vítimas do que uma infração contratual típica ou um ato ilícito extracontratual tradicional (embora alguns atos ilícitos extracontratuais produzam milhares de vítimas).³⁴⁹

Por outro lado, o CADE já tem empreendido esforços para harmonizar e incentivar um maior contingente de ações de reparação civil pela prática de cartéis, conforme exposto

³⁴⁶ Cf. LANDE, Robert H. Five Myths about Antitrust Damages. **University of San Francisco Law Review**, v. 40, 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1263478>. Acesso em: 16 nov. 2013.

³⁴⁷ Nesse caso, há um receio de que os potenciais signatários de um acordo de leniência se sintam inibidos pela potencial indenização no âmbito de ações de danos, que pode atingir valores vultosos, deixando, assim de assinar o acordo de leniência.

³⁴⁸ HOVENKAMP, Herbert. **The Antitrust Enterprise: Principles and Execution**. Cambridge, UK: Harvard University Press, 2008, p. 58-59.

³⁴⁹ Tradução livre do original: “*Private plaintiffs do not sue under the antitrust laws in order to improve the general welfare. They sue in order to further their own interests. For the most part, private plaintiffs sue in order to redress private grievances. Most plaintiffs are seeking compensation for themselves. To be sure, lawyers often describe their clients’ cases in terms of the public interest. But in most cases not involving express public interests suits, the actual motives are private. [...] The victims are not only consumers, but also rivals, suppliers, and firms operating in complementary markets. Consequently, an antitrust violation can create many more victims than a typical contract breach or a traditional tort (although a few torts produce thousands of victims).*”

na subseção 1.3.3, sob a alegação de que, paralelamente ao eixo administrativo e criminal, a instauração de ação de reparação de danos decorrentes da prática de cartel também pode surtir efeito positivo para o caráter dissuasório da política de combate a cartéis como um todo. Ainda que o atual presidente do CADE seja defensor de ações estruturantes do eixo civil para a política de combate a cartéis, ele reconhece os prós e contras da reparação civil:

Essas ações de ressarcimento permitem que pessoas prejudicadas por cartéis sejam ressarcidas pelos prejuízos sofridos, via ação reparatória de iniciativa do Ministério Público, de entidades de defesa do consumidor ou dos próprios consumidores (Lei n. 12. 529/11, art. 47). Segundo John Connor, a presença de um esquema institucional e legal que propicie ações privadas de reparação de danos por prejuízos advindos de cartel é determinante como fator dissuasório da conduta. Além disso, citam-se como pontos favoráveis dessas ações o fato de a recuperação de danos ser um avanço em termos de justiça distributiva; de um sistema bem estruturado poder aumentar o número dos casos de ilícitos detectados; e de tratar-se de mais uma forma de promoção da cultura da concorrência. De outro lado, pode-se ponderar que as ações de reparação envolvem um aumento dos custos envolvidos nos processos (cálculo de danos) e de alguns riscos, como o de conflitos entre decisões administrativas e judiciais, de impactos negativos no programa de leniência, de impactos negativos na concorrência causado por decisões erradas, de maior número de casos de *sham litigation* e, por fim, de maior judicialização das discussões antitruste.³⁵⁰

Especificamente em relação aos impactos no programa de leniência que a reparação civil pode gerar para a política de combate a cartéis, verifica-se que a jurisdição norte-americana³⁵¹ e o OFT estabeleceram regras com vistas a preservar o programa de leniência. Além disso, como visto, a CE vem discutindo proposta de diretivas acerca dos documentos que podem servir de embasamento para as ações de indenização, de modo a harmonizar essa política em âmbito nacional, sem que o programa de leniência seja afetado. O CADE, por sua vez, não prevê regras visando evitar os potenciais impactos das ações de reparação em face do programa de leniência.

³⁵⁰ CARVALHO, Vinícius Marques; MARTINS, Amanda A. L.; FONTANA, Bernardo B., p. 43.

³⁵¹ Como visto, o Congresso norte-americano aprovou alteração legislativa, afastando a responsabilidade solidária e prevendo o pagamento do valor do dano, pelos signatários da leniência, em apenas uma ação de reparação civil.

2.3.3.4 Delimitação dos objetivos do estudo da dissuasão da pena

Diante dessas extensas e sofisticadas discussões doutrinárias e posicionamentos institucionais — acerca dos tipos de penas apropriadas para dissuasão de cartéis, bem como da fórmula ótima e do grau de dissuasão satisfatório para punição dessa conduta ilícita —, há de se concluir o quão difícil é estabelecer um regime sancionatório ideal de combate a cartéis, cujo desafio é coordenar os vários tipos, níveis e formatos de penas, às pessoas jurídicas e físicas. Como visto, para qualquer regime pelo qual se opte, afloram discussões favoráveis e desfavoráveis sobre sua implementação. Isto porque quaisquer escolhas envolvem adições e subtrações, principalmente pensando na escolha de um regime jurídico sancionador, em que há enormes dificuldades para o legislador ou aplicadores do direito vislumbrarem, *ex ante*, todas as hipóteses capazes de dissuadir a sociedade de praticar infrações.

Por isso, o objetivo deste estudo não é encontrar a fórmula ideal para punição retributiva e dissuasória de cartéis e muito menos encontrar o aparato jurisdicional ótimo para o sucesso dessa política repressiva. O que se pretende é, simplesmente, catalogar as variáveis que possam ser relevantes para a formulação da punição em âmbito administrativo (isto é, a pena de multa e as obrigações de fazer e não fazer), com base no ordenamento jurídico vigente e nas “*best practices*”, e testar se tais variáveis estão sendo consideradas nas decisões do CADE — o que será feito no capítulo 3. Paralelamente, será observado se há sistemática nos critérios utilizados pelo CADE, quando este adota tais variáveis.

A importância desta análise se relaciona com a necessidade de a autoridade concorrencial se preocupar com a adoção de procedimentos e métodos de punição. Na mencionada pesquisa de Tyler,³⁵² verificou-se a relevância de procedimentos para que a autoridade judicante alcance sua legitimidade. Crane,³⁵³ por sua vez, sugere que “certo grau”³⁵⁴ de harmonização internacional da política de concorrência depende de três frentes,

³⁵² TYLER, T. R. Op. cit.

³⁵³ CRANE, Daniel A. Op. cit.

³⁵⁴ Como visto, fala-se em “certo grau” de harmonização, uma vez que referido autor entende que a completa harmonização internacional do antitruste é uma utopia.

entre elas, a procedimental.³⁵⁵ Por isso, optou-se por estudar algumas jurisdições internacionais, tradicionalmente reconhecidas como as mais desenvolvidas, a fim de tentar entender a sistemática da punição de cartéis destas jurisdições — além das ferramentas de detecção, persecução e punição da política repressiva como um todo.

Como visto, as jurisdições estudadas nesta dissertação se baseiam em guias para sistematizar a formulação das penas. O principal objetivo dos métodos, impressos na forma de *guidelines* ou congêneres, não é dispor de uma fórmula capaz de prever o nível ótimo de determinada pena, mas sim garantir a transparência e a imparcialidade das decisões, tornando-a, no que for possível, menos desigual. Construções sistemáticas uniformizam a interpretação da conduta e proporcionam racionalidade à aplicação da sanção.

Além disso, a simplificação metodológica contida em um guia diz respeito, exclusivamente, ao método a ser aplicado pela autoridade, não significando que o infrator poderá se valer da previsibilidade deste instrumento para tentar computar o valor exatamente equivalente à possível multa e, com isso, ser capaz de pesar os prós e contras de proceder com a conduta anticompetitiva. Isto porque a autoridade tem discricionariedade em todas as etapas do guia, principalmente considerando que a interpretação da norma não costuma ser “preto no branco” (e.g., vide as atenuantes e agravantes da pena). Inclusive, as autoridades das jurisdições analisadas têm discricionariedade para deixar de aplicar o guia, quando houver motivação para tanto, notadamente se a justificativa for dissuasória.³⁵⁶

Em relação aos tipos de penas, consideraremos na análise do capítulo 3 somente as penas disponíveis em âmbito administrativo, quais sejam, penas de multa e obrigações de fazer e não fazer.

Quanto às penas aplicadas na esfera criminal, em razão das diversas discussões favoráveis vistas anteriormente e, especialmente, pelo fato de a jurisdição brasileira dispor de legislação criminal para punição de cartel,³⁵⁷ a análise do capítulo 3 levará em conta a

³⁵⁵ As demais frentes sugeridas por Crane são: material e institucional. (Ibidem).

³⁵⁶ Sobre os *guidelines* para a formulação de penas, cf. WILS, Wouter P. J. Optimal Antitrust Fines. Op. cit. e WILS, Wouter P. J. The European Commission's 2006 Guidelines... Op. cit.

³⁵⁷ Além do Brasil, os países que reprimem criminalmente condutas anticompetitivas são: Alemanha; África

importância da repressão criminal. Entretanto, a análise deste tipo penal, nesta dissertação, será bastante limitada, em vista das extensas discussões que ainda precisam ser amadurecidas envolvendo a inter-relação entre as esferas administrativa e criminal, conforme brevemente exposto na subseção 1.3.4 (entre elas: controvérsias relacionadas ao programa de leniência e a possível caracterização do *bis in idem*, no que tange à condenação da pessoa física na esfera criminal e administrativa).

Em relação à reparação de danos na esfera civil, este assunto também será levado em conta na análise do capítulo 3, porém, de forma bastante limitada, devido às controvérsias que ainda remanescem sobre a relevância da reparação civil para o aprimoramento dissuasório da política de combate a cartéis. Esta análise se justifica em razão de a lei de defesa da concorrência prever a possibilidade de os legitimados ingressarem em juízo para o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos com a infração da ordem econômica (artigos 29 da Lei n. 8.884/1994 e 47 da Lei n. 12.529/2011). Além disso, as principais jurisdições, ora analisadas nesta dissertação, utilizam a combinação da reparação civil com outras penalidades para o desenvolvimento da política de combate a cartéis e o CADE já expressou interesse em desenvolver o eixo civil no combate a cartéis.

Conforme sustentado anteriormente, questões envolvendo a inter-relação entre as esferas ainda precisam ser ponderadas, pois as esferas civil e criminal se preocupam com bens jurídicos cuja dimensão é mais ampla do que aquela envolvendo a política específica de repressão a cartéis. Ademais, o princípio da independência das esferas abre margens, propositalmente, para divergências decisórias. Assim, as citadas controvérsias decorrentes da independência das esferas residem na estrutura do ordenamento jurídico pátrio, sendo que quaisquer mudanças que visem à harmonização da política de combate a cartéis requererão debates sofisticados sobre diversas questões — sobretudo acerca da relevância, para a sociedade, do bem jurídico a ser protegido —, sem contar a morosidade e os empecilhos para qualquer alteração legislativa.

do Sul; Austrália; Áustria; Bélgica; Canadá; Chile; Colômbia; Coreia do Sul; Dinamarca; Estônia; Eslovênia; Espanha; Estados Unidos; França; Grécia; Hungria; Irlanda; Israel; Japão; Macedônia; México; Nigéria, Noruega, Polônia, Reino Unido; Rússia, República Tcheca; Romênia; e Turquia. Cf. MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit., p. 283-292.

A pena de desqualificação profissional não será analisada no capítulo 3, por uma razão bastante simples, qual seja: a jurisdição brasileira não conta com esse tipo de pena expressamente.³⁵⁸

Finalmente, por uma questão de estruturação do recorte da pesquisa empírica, optou-se por excluir a pessoa física, as associações e entidades não empresariais da análise do capítulo 3, independentemente das controvérsias doutrinárias antes expostas, ainda em discussão, quais sejam: (i) a aplicação cumulativa de penas à pessoa física, no âmbito administrativo e criminal, pode caracterizar o *bis in idem*?; bem como (ii) as multas impostas às pessoas físicas não têm efetividade, diante da possibilidade de não haver meios para assegurar que a empresa não arcará com o pagamento da pena pecuniária para seu funcionário?³⁵⁹ Quanto a esta última questão, a lei de defesa da concorrência vigente prevê que o pagamento da multa é de responsabilidade pessoal e exclusiva do indivíduo.^{360, 361} Note-se que este trabalho não adentrará no mérito das discussões envolvendo a eventual exclusão da pessoa física do polo passivo do processo administrativo, sobretudo em razão de esta pesquisa buscar lidar com uma análise pautada no ordenamento jurídico vigente, sem a eventual possibilidade de propositura de alterações legislativas.

³⁵⁸ Ressalvadas as observações feitas acerca dos incisos VI e VII, do artigo 38, da Lei n. 12.529/2011.

³⁵⁹ Sobre tais discussões, cf. Martinez, a qual sustenta que, ainda que haja previsão de que o pagamento da multa é de responsabilidade pessoal e exclusiva do indivíduo, não há meios de assegurar que a empresa não compensará seu eventual administrador ou funcionário condenado pelo cartel por meio do pagamento do bônus ou via aumento salarial. (MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit.).

³⁶⁰ Note-se que a Lei n. 12.529/2011 prevê, em seu artigo 32: “As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.”

³⁶¹ Ginsburg e Wright entendem que, se a pena for aplicada ao indivíduo que cometeu a conduta infrativa e não à empresa da qual é funcionário, o efeito dissuasório será aumentado. Principalmente quando se trata de penas privativas de liberdade ou desqualificação profissional. (GINSBURG, Douglas H.; WRIGHT, Joshua D. op. cit.).

3 A PRÁTICA DECISÓRIA DO CADE E A INTERFACE COM AS ESFERAS CRIMINAL E CIVIL

O capítulo 2 apresentou o aparato jurisdicional brasileiro envolvendo as penas aplicáveis a cartéis no âmbito administrativo, as melhores práticas das autoridades concorrenciais internacionais, bem como noções introdutórias sobre os elementos que podem contribuir para a dissuasão dos cartéis. O esforço científico realizado nas seções daquele capítulo trouxe à tona um conjunto de variáveis relevantes a serem refletidas sob o ponto de vista da análise das autoridades concorrenciais tomadoras de decisão, quanto às sanções aplicáveis a cartéis.

Conforme estudos antes referidos, o efeito dissuasório para punição de cartéis depende não exclusivamente de um regime efetivo de penas, como também de qualidade normativa e procedimental das autoridades judicantes e de agências bem-estruturadas para monitorar o mercado, detectar as condutas de cartel e, por fim, puni-las adequadamente, de modo que esse conjunto de medidas auxilie com maiores probabilidades de punição. Nessa linha de raciocínio, entendeu-se que a presente análise deveria envolver uma dimensão para além da sistemática e critérios de aplicação de penas, a fim de considerar o universo institucional da política de combate a cartéis, inclusive a fluidez da inter-relação entre as esferas administrativa, civil e criminal.

Com base nessas expectativas, serão elencados o método de análise e as variáveis consideradas relevantes pela literatura especializada no tema, pelas melhores práticas internacionais e derivadas da legislação concursal brasileira, que servirão de suporte para o recorte da pesquisa jurisprudencial deste capítulo. Esta análise será segmentada em duas dimensões, quais sejam: (i) a análise jurisprudencial das penas efetivamente aplicadas pelo CADE; e (ii) o panorama institucional do CADE acerca da política de repressão a cartéis, conforme Apêndice II e Apêndice III, respectivamente.

3.1 Análise jurisprudencial das penas efetivamente aplicadas pelo CADE

Embora este estudo privilegie a conduta de cartel clássico — conforme parâmetros

estabelecidos pela OCDE, pela ICN e pelo CADE, no âmbito do “Cartel das Britas” —, foi difícil selecionar decisões, especificamente envolvendo esta conduta, pois o CADE, em alguns casos, omite a definição e distinção de cartel clássico ao emitir sua decisão condenatória. Nesses termos, optou-se por analisar todas as decisões de cartel, independentemente de ser um cartel clássico ou difuso. Diante dessas controvérsias de definição do tipo da infração, reforça-se a necessidade da análise das questões materiais da decisão do CADE, para fins de contextualizar o panorama institucional da autarquia, conforme se verá na próxima seção.

A presente dissertação não tem por intento realizar juízo de valor sobre o caráter substantivo de cada dispositivo relacionado às penas de condutas anticompetitivas da Lei n. 8.884/1994 e da Lei n. 12.529/2011, seja contestando a estrutura vigente, seja aprofundando a análise da interpretação ideal de cada dispositivo. Apenas realizará uma análise retrospectiva descritiva qualitativa sobre o modo como o CADE sistematiza os dispositivos da lei que tratam da aplicação de penas e quais as variáveis que o CADE leva em conta para impor sua decisão sancionatória.

Nesses termos, não serão objeto de análise ou digressão desta pesquisa questões envolvendo debates recorrentes entre os advogados militantes na área antitruste, por exemplo, acerca da definição de mercado relevante ou ramo de atividade para delimitar o cálculo do faturamento a ser computado na multa — note-se que a lei em vigor ampliou a dimensão do faturamento, prevendo a possibilidade de a multa ser aplicada à empresa, grupo ou conglomerado. Isso porque se acredita que tais questões envolvem o espaço de discricionariedade da autoridade concorrencial, cujos limites podem servir de estratégias, inclusive para os fins dissuasórios da punição, à medida que a autoridade poderá ampliar ou reduzir a força da aplicação de determinada pena, a depender das variáveis específicas do caso concreto e das variáveis individuais envolvendo a conduta do infrator. Claro está, contudo, que as autoridades devem ter cautela para não extrapolar os limites da razoabilidade, proporcionalidade e capacidade contributiva, pois a discricionariedade é uma questão de grau.

Por meio desta análise, é inerente que seja observado se o CADE se preocupa com a utilização de métodos para imposição de penas, conforme etapas sequenciais estabelecidas nas legislações de defesa da concorrência analisadas nesta pesquisa. Note-se

que os métodos utilizados pelas jurisdições estrangeiras estudadas anteriormente nortearão essa análise e a escolha das variáveis que embasarão a pesquisa jurisprudencial. Como visto, a legitimidade dissuasória de uma autoridade concorrencial judicante depende dos procedimentos e critérios de análise dos casos e imposição de sanções, de tal sorte que a sociedade reconheça tal legitimidade e que seja garantida, aos potenciais infratores, a transparência processual e a segurança jurídica do conteúdo decisório.

3.1.1 Método e variáveis da pesquisa

A escolha da análise jurisprudencial se valeu da necessidade de testar a prática decisória das autoridades concorrenciais brasileiras, de tal que sorte que os eventuais resultados dessa análise possam introduzir uma perspectiva útil para nortear o CADE em decisões futuras, principalmente em vista da recente alteração da legislação concorrencial brasileira. Portanto, nesta seção será apresentado o método e as variáveis que direcionarão a pesquisa jurisprudencial das decisões do CADE.

Sobre o método, será realizada uma análise retrospectiva dos processos administrativos condenados pelo CADE envolvendo condutas de cartel em geral, ainda que, como visto, o enfoque deste trabalho seja quanto ao cartel clássico, que é a conduta anticompetitiva que mais traz prejuízos ao mercado. Não serão objeto desta análise as decisões envolvendo “condutas cartelizadoras” praticadas por associações ou cooperativas — notadamente no setor de planos de saúde. Isso porque tais decisões envolvem um tipo de conduta principal bastante específico — a unimilitância³⁶² —, razão pela qual essas decisões não serão objeto de análise nesta dissertação.^{363, 364}

Para tanto, será realizada uma análise jurisprudencial com base nas atas de

³⁶² A prática anticompetitiva conhecida como “unimilitância” consiste na proibição, por cooperativas de plano de saúde, de os médicos a elas cooperados se credenciarem a outros planos de saúde.

³⁶³ Seguem alguns processos administrativos envolvendo decisões sobre práticas conjuntas de unimilitância e cartelização: Processo Administrativo n. 08012.007042/2011-33; Processo Administrativo n. 08000.010318/1994-73; Processo Administrativo n. 08012.9987/1998-13; Processo Administrativo n. 08012.6492/1997-25; Processo Administrativo n. 08000.015515/1997-02; Processo Administrativo n. 08012.7460/1997-74; Processo Administrativo n. 08000.022630/1997-52; Processo Administrativo n. 08000.011517/1994-35.

³⁶⁴ Recentemente, o CADE firmou TCCs e acordos judiciais com Unimed em mais de 90 casos envolvendo unimilitância. Cf. BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cade encerra exigência de exclusividade de médicos com Unimed em mais de 90 casos**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?6ec150d92be037fc0936065dea50>> Acesso em: 1 dez. 2013.

julgamento do CADE, referentes às sessões ordinárias, extraordinárias e reservadas, disponíveis do sítio eletrônico deste órgão, num total de 631 (seiscentas e trinta e uma) atas de julgamento, envolvendo o período de 1996 a 2013. Embora o período delimitado seja extenso — cerca de 17 anos —, a amostra de decisões identificada neste período não é diretamente proporcional, pois foram encontradas, até a 35ª ata da sessão ordinária de julgamento, realizada em 18 de dezembro de 2013, apenas 29 decisões condenatórias envolvendo processos administrativos que investigaram a conduta de cartel.

Esclarece-se que serão analisados todos os documentos emitidos pelo CADE, isto é, relatório, voto do relator, voto-vista, voto-vogal, voto em sede de recursos administrativos e acórdão, quando houver. Não serão analisados pareceres dos órgãos instrutores (i.e., SDE, SEAE, PROCADE, MPF, SG e eventuais agências reguladoras), para que esta análise não se alongue e, principalmente, pelo fato de que a decisão final aplicada se baseia, exclusivamente, nos termos dos pronunciamentos do Plenário do CADE, o qual pode acolher ou rejeitar as recomendações dos órgãos instrutores.

Por se tratar de uma pesquisa finita, sobretudo temporalmente, optou-se por delimitar a análise jurisprudencial às penas aplicadas somente às empresas incluídas no polo passivo do processo administrativo (previstas no art. 23, I, da Lei n. 8.884/1994 e no artigo 37, I, da Lei n. 12.529/2011); não serão objeto de análise as penas às pessoas físicas e entidades associativas. Note-se que ainda não foram emitidas decisões condenatórias de processos administrativos envolvendo condutas de cartel instaurados sob a vigência da Lei n. 12.529/2011. Entretanto, alguns processos, embora tenham sido instaurados na vigência da Lei n. 8.884/1994, foram julgados no âmbito da vigência da Lei n. 12.529/2011. Neste caso, em atenção ao conflito de leis no tempo, o CADE determinou que deve ser aplicada a lei mais benéfica. Assim, considerando as penas previstas para as empresas, o CADE entendeu que os critérios da Lei n. 12.529/2011 (i.e. artigo 37, I) são mais benéficos que aqueles previstos na Lei n. 8.884/1994 (artigo 23, I).³⁶⁵

Em relação às variáveis, estas envolverão questões sobre: (i) o percentual do artigo 23, I, da Lei n. 8.884/1994 ou do artigo 37, I da Lei n. 12.529/2011; (ii) o caráter

³⁶⁵ Cf. Processo Administrativo n. 08012.009834/2006-57; Processo Administrativo n. 08012.004039/2001-68 e Processo Administrativo 08012.004573/2004-17.

dissuasório; (iii) o caráter retributivo; (iv) o caráter agravante ou atenuante; (v) as obrigações de fazer e não fazer; e (vi) o caráter metodológico, nos termos estabelecidos a seguir.

Esta segmentação se pautou na legislação antitruste brasileira e no conjunto de variáveis contidas nas etapas dos guias de aplicação de penas das jurisdições estrangeiras analisadas; inclusive, também se ateu aos critérios metodológicos de aplicação de penas daquelas jurisdições. Subsidiariamente, tais variáveis foram selecionadas com base na literatura especializada em que se fundamentou toda esta dissertação.³⁶⁶

Para tornar o método de análise da jurisprudência do CADE mais didático, as variáveis aparecerão em forma de perguntas que serão dirigidas às decisões.

3.1.1.1 Percentual do artigo 23, I, da Lei n. 8.884/1994 ou do artigo 37, I, da Lei n. 12.529/2011

Conforme já mencionado, esta pesquisa optou por restringir seu universo de análise às penas aplicáveis somente às empresas, que estão previstas nos artigos em epígrafe.

Tendo em vista que o passo inicial de cálculo das penas, de acordo com a legislação antitruste brasileira, é o percentual aplicável aos infratores da conduta, que compõe a base de cálculo da multa, esta pesquisa considerará como umas das variáveis da pesquisa os critérios para imposição desses percentuais. A Lei n. 8.884/1994 previa, em seu art. 23, I, um intervalo de 1% a 30% do faturamento bruto da empresa,³⁶⁷ ao passo que a Lei n. 12.529/2011 prevê, em seu art. 37, I, um intervalo de 0,1% a 20% faturamento bruto da

³⁶⁶ A análise realizada por esta pesquisa levou em conta um extenso universo de questões, baseado nas melhores práticas internacionais e na literatura especializada. Diante disso, fica difícil abordar todas as possíveis questões que remanesceram desta análise em um único trabalho. Assim, dentre as variáveis existentes no referido universo de questões, as variáveis analisadas foram escolhidas por envolverem questões que foram mais recorrentes nesta pesquisa e/ou coincidentes entre as jurisdições analisadas ou entre as jurisdições e a literatura especializada.

³⁶⁷ “Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: I - no caso de empresa, 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.”

empresa, grupo ou conglomerado, obtido no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração.³⁶⁸

Nesses termos, partindo da premissa de que as decisões do CADE devem ser motivadas,³⁶⁹ notadamente decisões que restringem direitos — como a imposição de sanções —, entende-se que a autoridade deve fundamentar o merecimento de um percentual em detrimento de outro. A Comissão Europeia e o OFT baseiam seus percentuais de pena base a partir da gravidade da infração.³⁷⁰ A jurisdição norte-americana, a partir de um nível gradativo estabelecido para cada tipo de sanção, no caso de cartel o nível costuma ser de “5” pontos (considerando o intervalo de 0 a 10+) e, também, em estimativas de sobrepreço.

Assim, as perguntas sobre deste tópico serão: “Qual foi o percentual imposto?” e “Qual a justificativa para imposição desse percentual?”

3.1.1.2 Caráter dissuasório

Como mencionado, os guias de cálculo de multa da Comissão Europeia e do OFT dispõem sobre a dissuasão em uma das etapas do cálculo da multa. A Comissão inclui no montante base uma soma compreendida entre 15% e 25% do valor de vendas, como caráter dissuasório da pena (a denominada “taxa de entrada”). Note-se que a Comissão considera o caráter dissuasório específico e o caráter dissuasório geral. O OFT, por sua vez, prevê o cômputo da dissuasão no terceiro passo do método de cálculo da multa, sem especificá-la como geral ou especial.

Em geral, a dissuasão pode se referir a um valor adicional de pena preventiva, para desencorajar a sociedade de novos cartéis e/ou para desencorajar o infrator de cartéis

³⁶⁸ “Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

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

³⁶⁹ Em conformidade com os princípios informadores da lei de processo administrativo (Lei n. 9.784/1999, artigo 50).

³⁷⁰ A gravidade da infração para estas jurisdições podem ser traduzidas, por exemplo: na natureza da infração; a parcela de mercado atingida pela conduta; a dimensão geográfica da conduta; e se a infração foi consumada.

futuros; e/ou um valor referente aos custos sociais de aplicação da lei (os custos despendidos pelas autoridades com as ferramentas de monitoramento, detecção, perseguição e punição); e/ou um valor considerando o fato de que nem todos os cartéis são detectados e punidos, etc. Entretanto, é difícil indicar, *ex ante*, um valor ou percentual que venha a servir satisfatoriamente de dissuasão geral ou específica da pena, principalmente em razão dos diversos dilemas acerca de qual seria o formato, nível e tipo de dissuasão ideal para repressão de cartéis.

Note-se que esta pesquisa não pretende sugerir um valor ótimo para a análise da variável dissuasão — como se verifica no guia da Comissão Europeia, por exemplo —, mas, tão somente, verificar se o CADE de alguma forma se preocupa, expressamente, em seus julgados, com o caráter dissuasório da punição. Nesses termos, a pergunta a ser feita ao conjunto de decisões do CADE será: “O CADE, em alguma etapa da formulação da pena, considera a dissuasão para fins do aumento do percentual aplicado para o cálculo da multa?” Se a resposta for positiva, remanescerá outro questionamento: “Como?” A variável dissuasão será tratada de modo abrangente, isto é, sem distinção entre a dissuasão geral e especial.

Especificamente em relação aos cartéis internacionais, será considerada uma segunda variável dissuasória envolvendo a “dissuasão internacional”. Isto porque, na literatura especializada, como visto, a dissuasão internacional é importante para o desenvolvimento da política de combate a cartéis em âmbito internacional, principalmente considerando-se que a não punição de um cartel — ou a punição não dissuasória — por uma determinada jurisdição pode fazer parte da estratégia dos membros do cartel, os quais embora contem com uma punição elevada em jurisdições desenvolvidas, concluem que a prática do conluio ainda é lucrativa, em razão de uma eventual punição não efetiva de outras jurisdições.³⁷¹ Nesse caso, a pergunta a ser feita ao conjunto de decisões do CADE será: “O CADE se preocupa com os critérios de formulação da pena ou é influenciado pelo valor da pena aplicada em outra jurisdição?”

Cabe aqui um parêntesis para apresentar, a título ilustrativo, informação divulgada

³⁷¹ Cf. CLARKE, Julian L.; EVENETT, Simon J. Op. cit.

pelo atual presidente do CADE, Vinícius Marques Carvalho,³⁷² enquanto exercia o cargo de Secretário de Direito Econômico, no sentido de que a SDE estaria contratando uma base de dados envolvendo cartéis internacionais, a fim de viabilizar os estudos do SBDC:

Além disso, cumpre trazer à tona o fato de que a SDE está viabilizando a contratação de *Private International Cartels data set*, uma ampla base de dados sobre cartéis internacionais, elaborada por John M. Connor. O documento consiste em uma planilha com uma lista de mais de 600 cartéis ao redor do mundo, contabilizando cerca de 1,6 milhões de células, que identificam, de forma atualizada, (a) quais foram as empresas condenadas por cartéis em outros países; (b) qual sua participação de mercado; (c) quais foram as punições que tais empresas receberam; (d) se há líderes no cartel; (e) a duração do cartel; (f) o sobrepreço estimado do cartel; e (g) a nacionalidade de cada empresa. Com a aquisição desse estudo, ter-se-á uma ferramenta que poderá auxiliar na identificação dos cartéis que já foram condenados em outras jurisdições e que requerem a abertura de processo administrativo no Brasil, pelos efeitos que causam em nosso território. Ademais, o documento poderá ser utilizado como um instrumento que permitirá a realização — internamente à SDE e futuramente ao novo CADE — de estudos aprofundados sobre setores e mercados de amplitude internacional.

3.1.1.3 Caráter retributivo

Inicialmente, cumpre esclarecer que o “caráter retributivo” é uma denominação utilizada exclusivamente para os fins desta pesquisa, não devendo ser interpretada nos exatos termos preconizados pela doutrina criminal, conforme mencionado anteriormente.

Como visto, o estado de mundo ideal seria que o CADE — e demais jurisdições³⁷³ — realizasse o cálculo da vantagem auferida pelos infratores com a atividade do cartel. Apesar disso, ambas as leis analisadas preveem a possibilidade de se calcular a vantagem auferida passível de estimação (art. 37, *caput*, da Lei n. 12.529/2011) ou a vantagem auferida quando quantificável (art. 23, *caput*, da Lei n. 8.884/1994). Ocorre que a maioria das jurisdições não costuma realizar esse cálculo, devido à escassez de informações disponíveis sobre o *modus operandi* do cartel, notadamente por se tratar de uma conduta tipicamente secreta.

³⁷² Cf. CARVALHO, Vinícius Marques; MARTINS, Amanda A. L.; FONTANA, Bernardo B. Op. cit., p. 169.

³⁷³ Da análise de algumas decisões da CE, verifica-se que esta não realiza o cálculo do sobrepreço do cartel, a saber: Case COMP/39125 – Carglass, 12 de novembro de 2008; e Case COMP/39.579 – Consumer detergents.

A variável que poderia contribuir para o cálculo da suposta vantagem auferida seria o “sobrepço” do cartel. Mas as autoridades concorrenciais utilizam apenas estimativas de sobrepreços, compiladas por algumas pesquisas empíricas envolvendo cartéis, para tentar aproximar o valor dessa suposta vantagem auferida.³⁷⁴ O cálculo do sobrepreço é comumente realizado na esfera civil, em que o magistrado é obrigado a estimar o valor do dano da conduta ilícita.

De acordo com Connor,³⁷⁵ há quatro abordagens analíticas reconhecidas para se calcular o *but-for price* (ou o preço do produto/serviço sem o sobrepreço do cartel) e, por conseguinte, o sobrepreço do cartel, quais sejam: (i) *the before-and-after method* (ou o “método antes e depois”); (ii) *the cost-based approach method* (ou o “método de enfoque baseado em custos”); (iii) *econometric modeling* (ou “modelagem econométrica”); e (iv) *the yardstick method* (ou o “método de medida/padrão”). Entretanto, o autor ressaltou o fato de que é aconselhável que seja empregado mais de um método, para verificar se eles se suportam mutuamente.³⁷⁶

³⁷⁴ Cf. CONNOR, John M. Anti-Cartel Enforcement... Op. cit.; CONNOR, John M.; BOLOTOVA, Yulija V. Op. cit.; DIJK, Theon van; VERBOVEN, Frank. Quantification of damages: Forthcoming chapter for “**Issues in Competition Law and Policy**”. ABA Publications in Antitrust; W. Dale Collins (Ed.). Draft Version, subject to revision: 30 jun. 2005; BAKER, Donald I. **The EU Green Paper on Private Damage Actions: a Ambitious Response to a Very Difficult Set of Practical and Philosophic Issues**. Washington, DC, USA, 2005; CALVANI, Terry. **Competition Penalties and Damages in a Cartel Context: Criminalisation and the Case for Custodial Sentences**. 28 abr. 2004. Disponível em: <[http://www.tca.ie/images/uploaded/documents/2004-06-28%20Speech%20\(T.C.\).pdf](http://www.tca.ie/images/uploaded/documents/2004-06-28%20Speech%20(T.C.).pdf)>. Acesso em 10 edz. 2013; FOSTER, Carroll B.; TROUT, Robert R.; GAUGHAN, Patrick A. Losses in Commercial Litigation. **Journal of Forensic Economics**, v. 6, n. 3, 1993.

³⁷⁵ CONNOR, John M. Effectiveness of Antitrust... Op. cit.

³⁷⁶ De modo ilustrativo, vale descrever, sinteticamente, os citados métodos:

(i) *the before-and-after method*: analisa o comportamento de preços no mercado, em período prévio e posterior à conduta colusiva. Assim, é possível verificar se os custos aumentaram durante a prática anticompetitiva. Porém, os padrões de referência a serem empregados podem ser problemáticos para efetividade desse método.

(ii) *the cost-based approach method*: analisa, regressivamente, os custos de produção e as margens de lucro da empresa em linhas de mercado objeto do conluio, em determinado período. Tal análise, às vezes, pode apresentar indicadores adicionais de variações em grau de competitividade de uma empresa ou de um mercado. Entretanto, tais informações são difíceis de serem obtidas, o que torna a utilização desse método, muitas vezes, comprometida.

(iii) *econometric modeling*: estes modelos são os preferidos dos economistas. Em essência, referem-se ao “*before-and-after method*”, porém, com capacidade de multiplicar as mudanças exógenas da oferta e da demanda, ou seja, especifica as condições de oferta e demanda de um mercado relevante e então investiga por meio de testes estatísticos em que medida as mudanças nos preços podem ser explicadas por comportamentos competitivos do mercado. Este método tem desvantagens, porque requer a existência de muitos dados detalhados e, na ausência de cartel, os períodos observados podem produzir estimativas estatisticamente frágeis. Este método foi influenciado pelo desenvolvimento da teoria do oligopólio. Além disso, a teoria dos jogos tem influenciado conceitos contemporâneos de colusão, as diretrizes da política

Note-se que, além de ser importante observar os preços reais cobrados pelos conspiradores, as quantidades vendidas durante o período afetado pela prática e o preço que teria sido cobrado na ausência do cartel pelos conspiradores (*the but-for price*) para o cálculo do sobrepreço, é importante também observar duas características que auxiliam na simplificação do papel analítico, entre elas: (i) a definição de mercado relevante, pois os membros do cartel definem um produto apropriado e o mercado geográfico; e (ii) o período de tempo em que os efeitos dos preços de cartel pretendem atingir.³⁷⁷

Especificamente quanto ao período de tempo em que o cartel perdurou, nota-se que esta é uma variável relevante a ser considerada, principalmente em razão de todos os métodos utilizados pelas jurisdições investigadas neste trabalho serem unânimes ao despendar uma etapa do guia de formulação da pena, para a análise do cálculo da variável “duração da infração”. Alguns estudos sugerem que a média aproximada de duração do cartel é de cinco anos.³⁷⁸ Todavia, as autoridades costumam ter dificuldades em identificar o início e o fim da conduta, notadamente em vista da instabilidade dos cartéis, que contam com episódios de desvios temporários da conduta.³⁷⁹

Portanto, como variáveis retributivas serão avaliadas “a vantagem auferida”, “o sobrepreço” e “a duração da infração”. A partir delas, serão feitos os respectivos questionamentos: “O CADE tentou calcular a vantagem auferida?” Em caso negativo: “O

antitruste e modelos empíricos de oligopólio (WERDEN, Gregory J. et al. Op. cit.).

(iv) *the yardstick method*: neste método, o economista coletaria preços praticados em mercados análogos, que seriam livres de cartelização. O mercado *yardstick* deveria ter características da estrutura de custos e de demanda altamente comparáveis com as características do mercado cartelizado, ainda que se encontre fora da órbita de influência do cartel. Tal método se aplica em análise de cartéis locais ou cartéis em licitação, não sendo aplicável em cartéis internacionais.

³⁷⁷ CONNOR, John M. **Global Cartels Redux**. Op. cit., p. 311-312.

³⁷⁸ CONNOR, John M. **Global Antitrust Prosecutions...** Op. cit., p. 243; WILS, Wouter P. J. **Is Criminalization of EU Competition Law...** Op. cit., p. 139. Bolotova encontrou que a média é de seis anos, sendo que o mínimo é de um mês e o máximo setenta e três anos. Connor empreendeu outro estudo, tendo por base quinhentos e dezesseis cartéis, sugerindo que o tempo médio de duração de um conluio ilícito entre concorrentes é de 3,7 (três vírgula sete) a 7,5 (sete vírgula cinco) anos e, para cartéis internacionais, a média é acrescida de 57% comparada à média de cartéis domésticos. (BOLOTOVA, Yuliya V. Op. cit.). Cf. CONNOR, John M. **Cartels and Antitrust Portrayed**: Private International Cartels from 1990 to 2008. 31 ago. 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1467310>. Acesso em: 10 edz. 2013.

³⁷⁹ Cf. DE, Oindrila. **Analysis of Cartel Duration: Evidence from EC Prosecuted Cartels**. **International Journal of the Economics of Business**, n. 17, p. 33-65, 2010. Disponível em: <http://www.tilburguniversity.edu/upload/9b583188-2b09-4911-974c-894b8ea90382_oindrila.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2013.

CADE justificou por que não calculou a vantagem auferida?” Ademais: “O CADE tentou calcular o sobrepreço ou adotou uma estimativa de sobrepreço?” e “O CADE considerou a duração da infração?”

Além dessas variáveis, será considerada a reincidência, uma vez que a legislação prevê como parte da pena base a imposição de pena em dobro se caracterizada a reincidência. Note-se que esta compõe a pena base, juntamente com os valores de percentuais estabelecidos nos incisos dos artigos 23 e 37 ou com a vantagem auferida. Note-se que a reincidência também aparece no dispositivo da lei que trata das circunstâncias agravantes e atenuantes (dosimetria da pena), porém, tendo em vista que os critérios estabelecidos nos parágrafos primeiro do art. 23 da Lei n. 8.884/1994 e do art. 37 da Lei n. 12.529/2011 são mais aperfeiçoados em relação ao dispositivo que trata da dosimetria, já que estabelece que em caso de reincidência a multa será aplicada em dobro, ao passo que o dispositivo da dosimetria não prevê nenhum parâmetro, analisaremos a reincidência como pena base.

Como visto, há discussões envolvendo a abrangência e a extensão temporal da reincidência mencionadas na seção 2.1.1. A Comissão Europeia, por exemplo, determina um percentual gradativo crescente para a imposição de multas aos reincidentes (de até 100%) com base no número de vezes que o infrator cometeu infrações anticompetitivas, conforme o 2006 Fining Guidelines. De acordo com este guia, a CE pode levar em conta não somente suas prévias decisões, como também as decisões de autoridades concorrenciais nacionais da União Europeia, acerca do mesmo tipo de conduta ou similares (artigos 101 ou 102 do TFEU). Há controvérsias na literatura especializada sobre o modo de interpretação da CE em relação à abrangência e a extensão temporal da reincidência.³⁸⁰

De acordo com o sugerido inicialmente, esta pesquisa não tem por intento propor interpretações sobre o conteúdo da lei; pelo contrário, a análise pretende dar enfoque aos critérios de análise e verificar se há sistemática na aplicação de decisões pelo CADE. Por isso, as perguntas acerca desta variável serão da seguinte forma: “O CADE aplicou a reincidência?” Se a resposta for positiva, serão feitas mais duas questões: “Em qual

³⁸⁰ Cf. WILS, Wouter P. J. Recidivism in EU Antitrust... Op. cit.

abrangência?” e “Em qual extensão temporal?”, com vista a analisar se a jurisprudência é ordenada sobre esse tema.

3.1.1.4 Caráter agravante e atenuante

Primeiramente, para que sejam aplicadas circunstâncias agravantes ou atenuantes da pena, é imprescindível que o merecimento da pena pelo infrator seja motivado³⁸¹ e individualizado pela autoridade judicante, principalmente pelo fato de que sua dosagem deve ser fundamentada no comportamento individual do infrator, em conformidade com o princípio da individualização das penas, preconizado no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal. Note-se que, embora este princípio seja originário do direito criminal, é comum que a autoridade concorrential o empreste no âmbito de decisões envolvendo o processo administrativo sancionador. Como visto, apesar de o artigo 20 da Lei n. 8.884/1994 e do artigo 36 da Lei n. 12.529/2011 determinarem que as infrações da ordem econômica devam ser punidas independentemente de culpa, deixando dúvidas quanto à aplicação do princípio da culpabilidade do processo antitruste sancionador, não se afasta o dever do CADE de individualizar a responsabilidade de cada representado ao proferir a decisão de mérito condenatória.³⁸²

As jurisdições estrangeiras analisadas aplicam tal princípio, à medida que consideram, como agravantes ou atenuantes, o grau de envolvimento do infrator na conduta e a liderança, por exemplo. Além disso, a autoridade do Reino Unido considera o caráter intencional ou negligência da conduta. No Brasil não é diferente, as agravantes e atenuantes são evidências da individualização da pena, entre elas: a boa-fé do infrator e a situação econômica do infrator (artigo 27 da Lei n. 8.884/1994 e artigo 45 da Lei n. 12.529/2011). Além disso, o artigo 37, inciso III, da Lei n. 12.529/2011 trouxe alteração no sentido de que a pena cominada ao administrador requer a comprovação de dolo ou culpa. Diante disso, a pergunta inicial envolvendo as variáveis de caráter agravante e atenuante será: “O CADE considerou a individualização das penas em sua decisão?”

³⁸¹ Em conformidade com o artigo 50, da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, a qual apregoa que a motivação deve ser explícita, clara e congruente.

³⁸² Cf. GILBERTO, A. M. Op. cit., p. 274-278.

Ato contínuo, serão analisadas as agravantes e atenuantes. Estas circunstâncias estão previstas nas leis de defesa da concorrência (i.e., Lei n. 8.884/1994 e 12.529/2011) da seguinte forma:

I - a gravidade da infração; II - a boa-fé do infrator; III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; IV - a consumação ou não da infração; V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; VII - a situação econômica do infrator; VIII - a reincidência.

As circunstâncias agravantes mais recorrentes nas jurisdições estrangeiras analisadas são: consumação da infração, liderança,³⁸³ reincidência e situação econômica do infrator. As atenuantes, por sua vez, são: cooperação com as autoridades; situação econômica do infrator; *compliance*.³⁸⁴

Nota-se que as agravantes e atenuantes previstas na legislação antitruste brasileira são bastante distintas daquelas estabelecidas nas jurisdições estrangeiras analisadas. Quantos às agravantes e atenuantes na legislação brasileira, foram feitas algumas críticas, positivas e negativas, acerca da redação deste dispositivo. Contudo, conforme já foi mencionado, a presente dissertação não pretende propor mudanças na redação da lei vigente envolvendo dosimetria, ainda que tais críticas devam ser levadas em conta pela autoridade concorrencial e possam vir a ser retomadas nas conclusões deste trabalho.

Assim, a fim de delimitar a dimensão desta pesquisa, as perguntas terão caráter mais abrangente, não considerando cada uma das circunstâncias de dosimetria, vejamos: “O CADE aumentou a pena com base em circunstâncias agravantes?” e “O CADE reduziu

³⁸³ Estudo conduzido baseado em cartéis condenados pela CE de 2002 a 2007 indica que, em 38% dos casos, os líderes eram empresas, aproximadamente, 50% maiores que a segunda maior empresa participante do cartel. (MARTINEZ, Ana Paula, p. 25).

³⁸⁴ Especificamente em relação ao *compliance*, verifica-se um movimento, em âmbito mundial, por parte das empresas, no sentido de investirem em programas de cumprimento visando a boas práticas de governança. Ainda há muita controvérsia envolvendo a possível redução de penas contra infrações concorrenciais, para empresas que dispõem desses programas. Mas nada impede que a autoridade utilize esses programas, como ferramentas complementares às demais sanções previstas na lei, como forma de sanção comportamental aplicada aos infratores. Sobre os programas de *compliance*, cf. ROMANIELO, Enrico S.; DE PAULA, Germano M. Política antitruste e governança corporativa no Brasil: programas de compliance como boas práticas de governança. **Revista do IBRAC**, n. 20. p. 265-307, 2011. Cf. também: UNIÃO EUROPEIA. European Competition Commission. **Compliance Matters**. Op. cit.

a pena com base em circunstâncias atenuantes?” Se a resposta a tais questões for positiva, permanecerá outra questão: “Quail(is)?”

3.1.1.5 Obrigações de fazer e não fazer

Conforme já mencionado, Wils³⁸⁵ entende que as multas aplicadas isoladamente nunca serão capazes de alcançar a completa dissuasão.

A legislação brasileira prevê, além da pena de multa, obrigações de fazer e não fazer, previstas nos artigos 24 da Lei n. 8.884/94 e 45 da Lei n. 12.529/2011 — esta lei introduziu algumas alterações em relação à lei anterior, conforme apresentado anteriormente.

Nesses termos, será analisado se o CADE costuma aplicar as penas previstas nestes artigos, com caráter complementar à pena de multa, em atenção aos fins dissuasórios que tais obrigações — de fazer e não fazer — possam atingir. A pergunta, portanto, será colocada nos seguintes termos: “O CADE impôs alguma obrigação acessória à pena de multa?”

3.1.1.6 Caráter metodológico

A importância desta variável se relaciona com a necessidade de a autoridade concorrencial judicante se preocupar com a adoção de procedimentos e métodos de imposição de sanção, para que se alcance a legitimidade sugerida pela pesquisa de Tyler,³⁸⁶ por exemplo.

O principal objetivo dos métodos, muitas vezes impressos na forma de *guidelines* ou congêneres, não é dispor de uma fórmula capaz de prever o nível ótimo de determinada pena, mas, sim, garantir a transparência e a imparcialidade das decisões, tornando-a, no que for possível, menos desigual. Além disso, construções sistemáticas uniformizam a interpretação da conduta e proporcionam racionalidade à aplicação da sanção. Ressalve-se

³⁸⁵ WILS, Wouter P. J. Optimal Antitrust Fines. Op. cit., p. 16.

³⁸⁶ TYLER, T. R. Op. cit.

que, embora a discricionariedade deva ser dosada, sempre poderá ser exercida, em qualquer fase da análise, pois é um poder inerente da autoridade concorrencial, como entidade da Administração Pública Federal.

Como visto no capítulo 2, as jurisdições estrangeiras estudadas nesta dissertação se baseiam em guias para sistematizar a formulação das penas às condutas anticompetitivas. De certa forma, as etapas dos guias destas jurisdições respeitam uma ordem coincidente, que não se contradiz com a sequência dos dispositivos estabelecidos na legislação brasileira de defesa da concorrência. Grosso modo, estas etapas podem ser traduzidas na seguinte equação:

$$M \text{ (Multa)} = PB \text{ (pena base)} + A \text{ (agravantes)} - a \text{ (atenuantes)} + O \text{ (obrigações de fazer e não fazer)}$$

Nesse caso, a pena base representaria a soma das variáveis referentes ao percentual do artigo 23, I ou do artigo 37, I; ao caráter dissuasório (se houver); e ao caráter retributivo ($PB = \text{percentual} + \text{dissuasão} + \text{retribuição}$).

Assim, sobre a variável metodológica serão formuladas as seguintes perguntas: “O CADE adotou uma pena base?” e “O CADE adotou a dosimetria da pena?” Se a resposta a tais questionamentos for positiva, remanescerá a seguinte questão: “Com base em algum critério, método ou congênere?” Cabe, ainda, a seguinte questão: “O CADE referenciou *guidelines* e/ou sua própria jurisprudência em sua decisão, no que tange à imposição de sanção?”

3.1.2 Resultado da análise jurisprudencial das penas aplicadas a cartéis

A primeira variável analisada (Quadro 1 do Apêndice II) investigou o percentual do artigo 23, I, ou do artigo 37, I, que trata de uma análise geral acerca de todos os percentuais impostos pelo CADE às empresas para condutas de cartel. Como aspectos positivos, nota-se que em 94% das decisões (i.e., 27 decisões, das 29 analisadas) foram apresentadas justificativas para imposição de percentuais de pena (com exceção dos itens 2 e 3); há coerência na imposição dos maiores percentuais às condutas que foram expressamente justificadas como cartel — em geral ou clássico —, inclusive, nestes casos houve

referência de precedentes do CADE sobre condutas do mesmo tipo. Quanto aos aspectos negativos, verifica-se que, no item 1, o CADE aplicou pena mínima, embora tenha enfatizado que seria cabível pena máxima, em vista do porte das infratoras, da gravidade da infração e da importância do setor envolvido na conduta para o mercado e para os consumidores. Entretanto, a contradição destes argumentos pode ser minimizada por se tratar do primeiro cartel condenado pelo CADE, o qual não tinha experiência com punição desse tipo de infração. Além disso, verifica-se uma falta de sistemática e coerência das justificativas apresentadas para dosagem do percentual, as quais são quase que totalmente baseadas nos incisos do artigo 27 da Lei n. 8.884/1994 (circunstâncias agravantes e atenuantes), independentemente de ter havido individualização das penas e aplicação de dosimetria. Finalmente, dois processos omitiram os percentuais aplicados, divulgando apenas os valores das penas efetivamente aplicadas, em Reais.

A segunda variável analisada (Quadro 2 do Apêndice II) investigou se o CADE se preocupa com o caráter dissuasório da punição. Verifica-se que, ao contrário do procedimento descrito no guia da CE e do OFT, nenhuma decisão do CADE criou uma etapa ou critério para agravar a pena com base na variável “dissuasão”. Mas verifica-se que, em aproximadamente 31% das decisões (i.e., em 9 decisões, das 29 analisadas) o CADE ora mencionou o caráter preventivo da punição, ora considerou a dissuasão como agravante da pena, em análise conjunta com outras agravantes, sem impor um percentual exclusivo como agravante da pena para fins de dissuasão. Somente uma decisão (item 28) fez menção à dissuasão específica e geral, para fins de justificar a imposição da pena acessória, prevista no art. 38, I, da Lei n. 12.529/2011. Quanto à variável “dissuasão internacional”, a pesquisa encontrou apenas quatro decisões envolvendo cartéis de dimensão internacional — ou cartéis praticados em outros países envolvendo mercado e empresas semelhantes —, que também foram condenados em outras jurisdições (i.e., cerca de 13% das decisões). Como aspecto positivo, verifica-se que nas quatro decisões o CADE se preocupou com a análise e decisão tomada pelas autoridades estrangeiras. Nota-se que nenhuma decisão levou em conta a base de dados sobre cartéis internacionais, contratada pela SDE, envolvendo estudos de John M. Connor, conforme informado pelo atual presidente do CADE.

A terceira análise (Quadro 3 do Apêndice II) investigou o caráter retributivo da punição, que envolveu a análise de quatro variáveis, quais sejam: a vantagem auferida; o

sobreprego; a duração da conduta; e a reincidência. Quanto à vantagem auferida, verifica-se que cerca de 17% das decisões (i.e., 5 decisões, das 29 analisadas) realizaram estimativa de vantagem auferida; e cerca de 31% das decisões (i.e., 9 decisões, das 29 analisadas), embora não tenham realizado cálculo da estimativa, mencionaram a vantagem auferida, seja com base na duração do cartel, seja com base nos indícios de ter havido lucros indevidos com a conduta. Ademais, em cerca de 12% das decisões (i.e. 3 decisões, das 24 analisadas, já que em 5 decisões o CADE quantificou a vantagem auferida), houve justificativa da impossibilidade de cálculo da vantagem auferida. Quanto ao sobrepreço, não houve nenhuma tentativa do CADE de calcular essa variável no caso concreto, apenas cerca de 10% das decisões (i.e., 3 decisões, das 29 analisadas) se basearam em estimativas de estudos sobre o tema. De acordo com a pesquisa realizada, não se verificou nenhum critério contemplando a análise da duração da conduta, apenas verificou-se que em cerca de 31% das decisões (9 decisões, das 29 analisadas) o CADE fez menção à duração da conduta, sendo que em alguns casos essa variável foi contemplada de modo geral como agravante, em conjunto com outras consideradas.³⁸⁷

Em relação à reincidência, verifica-se que somente uma decisão aplicou esta variável (item 18), com relação a outro tipo de infração e com extensão temporal de um ano e meio. Entretanto, em razão de a legislação prever a reincidência em dois momentos da aplicação da pena, i.e., na pena base (parágrafo 1º dos artigos 23 da Lei n. 8.884/1994 e 37 da Lei n. 12.529/2011) e nas agravantes (inciso VIII, dos artigos 27 da Lei n. 8.884/1994 e 45 da Lei n. 12.529/2011), verifica-se que não há consenso do CADE sobre esta questão, pois ora o CADE indica que deve se aplicada apenas a reincidência prevista para pena base (item 16 do Apêndice II, Quadro 3), ora o CADE indica a reincidência prevista nas circunstâncias agravantes, embora o método de cálculo tenha se baseado nos critérios previstos na pena base (item 18 do Apêndice 2, Quadro 3).³⁸⁸

A quarta variável analisada (Quadro 4 do Apêndice II) investigou o caráter

³⁸⁷ Note-se que a análise das variáveis relacionadas às questões retributivas, i.e., vantagem auferida, sobrepreço e duração da infração, pode estar fragilizada, em razão de não ter sido analisado os pareceres dos órgãos instrutores e a integralidade dos autos do processo, sobretudo, em razão de algumas informações serem tratadas como confidências ou de acesso restrito.

³⁸⁸ Vale notar que esta conclusão pode estar prejudicada, em razão da amostra restrita de decisões analisadas (i.e., 29 decisões envolvendo casos de cartel), uma vez que há diversas decisões do CADE envolvendo outros tipos de infração.

agravante ou atenuante, o qual foi segmentado em três etapas: análise da individualização da pena, circunstâncias agravantes e circunstâncias atenuantes. Quanto à individualização, verifica-se que cerca de 62% das decisões (i.e., 18 decisões, das 29 analisadas) individualizaram a pena. Destaca-se que o item 8 (Cartel das Britas³⁸⁹) foi a primeira decisão que individualizou a pena de cada infrator, integralmente e com detalhamento. Em relação às agravantes, verifica-se que cerca de 51% das decisões (i.e., 15 decisões, das 29 analisadas) agravaram a pena com base em circunstâncias agravantes. Nota-se que os 49% restantes não especificaram as circunstâncias agravantes ou somente mencionaram as agravantes em caráter geral sem especificar critérios de dosagem de cada uma delas. Além disso, a agravante mais recorrentemente aplicada é a liderança. No que tange às circunstâncias atenuantes, verifica-se que cerca de 10% das decisões (i.e., 3 decisões, das 29 analisadas) reduziram a pena com base em circunstâncias atenuantes, entre elas: situação econômica da empresa (itens 16 e 28) e colaboração com as investigações (item 18). Nota-se que cerca de 37% das decisões (i.e., 11 decisões, das 29 analisadas) apenas mencionaram a caracterização, em caráter geral, de algum tipo de circunstância atenuante, sem reduzir o valor da pena com base em algum critério explícito.

A quinta variável analisada (Quadro 5 do Apêndice II) investigou as obrigações de fazer e não fazer. De acordo com os resultados da pesquisa, cerca de 73% das decisões (i.e., 21 decisões, das 29 analisadas) aplicaram alguma penalidade acessória prevista na legislação. A obrigação de fazer mais recorrente foi a publicação da decisão em algum veículo de comunicação (art. 24, I, da Lei n. 8.884/1994 e art. 38, I, da Lei n. 12.529/2011), i.e., cerca de 48% das decisões (14 decisões, das 29 analisadas). A segunda penalidade acessória mais recorrente é a não concessão de parcelamento de tributos federais devidos e não concessão de incentivos fiscais e subsídios públicos (art. 24, IV, “b”, da Lei n. 8.884/1994 e art. 38, IV, “b”, da Lei n. 12.529/2011), i.e., cerca de 27% das decisões aplicaram essa penalidade (8 decisões, das 29 analisadas). Nota-se que apenas uma decisão impôs a obrigação de que as empresas adotassem programa de *compliance* (item 7), i.e., 3%.

A sexta e última variável analisada nesta subseção (Quadro 6 do Apêndice II) investigou o caráter metodológico. Esta análise se baseou em três etapas: análise da pena

³⁸⁹ Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14.

base, dosimetria e fundamentos da decisão. Sobre a pena base, verifica-se nos resultados da pesquisa que em cerca de 35% das decisões (i.e., 10 decisões, das 29 analisadas) o CADE adotou pena base. Nota-se que as decisões que aplicaram pena base não se basearam em nenhum método, critério ou congênere coincidentes entre si — vale dizer, cada decisão aplicou um método distinto. Nota-se, ainda, que nenhuma decisão considerou os critérios de pena base sugeridos na própria legislação vigente — e que serviram de norteamento deste trabalho —, quais sejam: a pena base corresponde à soma das variáveis referentes ao percentual do artigo 23, I, ou do artigo 37, I; ao caráter dissuasório (se houver); e ao caráter retributivo (i.e., vantagem auferida, sobrepreço, duração e reincidência), conforme equação:

$$PB = \text{percentual} + \text{dissuasão} + \text{retribuição}$$

Quanto à dosimetria, verifica-se que cerca de 48% das decisões (i.e., 14 decisões, das 29 analisadas) consideraram algum critério de dosimetria, sendo que nenhum dos critérios adotados são coincidentes entre si. Destaca-se que o critério adotado no item 16 (Cartel da Areia³⁹⁰), foi o mais sistemático em termos de método de aplicação de pena, dentre as decisões analisadas nesta dissertação. Referida decisão considerou uma pena base de 15% nos termos da lei, sob a justificativa de se tratar de cartel clássico; agravou a pena base em 5% aos líderes do cartel e mais 5% em razão da consumação da infração, continuidade da infração e contratação de consultoria externa para auxiliar nas estratégias do cartel; bem como atenuou a pena em 2,5% com base na situação econômica das empresas. Em outras duas decisões também se observa a aplicação de um método organizado, quais sejam: item 11,³⁹¹ item 9.³⁹² As demais decisões ora consideraram apenas a liderança ou envolvimento com a infração para fins de agravamento, ora caracterizaram as circunstâncias agravantes e atenuantes de modo geral, sem especificar um critério de agravamento ou redução da sanção com base nelas.

³⁹⁰ Processo Administrativo n. 08012.000283/2006-66. Relator: Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo.

³⁹¹ Processo Administrativo n. 08012.007602/2003-11, que adotou como pena base o percentual de 5% e agravou a pena base em 2% para a liderança (fundamentada no art. 27, I) e 2% para a continuidade delitiva, pela participação nas duas reuniões (fundamentada no art. 27, V).

³⁹² Processo Administrativo n. 08012.004086/2000-21, que adotou como pena base o percentual de 1% e agravou a pena base em mais 1%, para cada inciso do art. 27 que foi caracterizado (os incisos imputados foram: I, II, III, IV, V, VII).

Finalmente, em relação aos fundamentos metodológicos de aplicação de pena, verifica-se que em apenas 31% das decisões (i.e., 9 decisões, das 29 analisadas) o CADE referenciou sua própria jurisprudência, para fins de imposição de sanção a condutas de cartel. Note-se que as decisões que fizeram referência a precedentes do CADE não adotaram métodos similares.

Para ilustrar, a tabela 6 sintetiza os resultados diretos³⁹³ encontrados nas respostas da amostra de decisões analisadas, referentes à análise jurisprudencial das penas aplicadas a cartéis (Apêndice II).

Tabela 6 - Resultado da análise das decisões do Apêndice II³⁹⁴

Quadro do Apêndice II	Variável	Resultado em Percentual
Quadro 1	Percentual imposto com justificativa	94%
Quadro 2	Dissuasão como agravante da pena	Nenhum
	Apenas menção à dissuasão	31%
	Dissuasão internacional	100% (referente às 4 decisões envolvendo cartel internacional)
Quadro 3	Cálculo da vantagem auferida	17%
	Apenas menção à vantagem auferida	31%
	Justificativa da impossibilidade de cálculo da vantagem auferida	12%
	Cálculo do sobrepreço	Nenhum
	Estimativas baseadas em estudos de sobrepreço	10%
	Duração da conduta	Nenhum
	Apenas menção à duração da conduta	31%
	Reincidência	3%
Quadro 4	Individualização da pena	62%
	Imposição de circunstâncias agravantes por meio de algum critério	51%
	Apenas menção a circunstâncias agravantes, sem critérios de dosagem	49%
	Imposição de circunstâncias atenuantes por meio de algum critério	10%
	Apenas menção a circunstâncias atenuantes, sem critérios de dosagem	37%

continua

³⁹³ Fala-se em resultados diretos, pois a tabela sintetiza somente os resultados objetivos referentes às respostas encontradas a partir de cada pergunta formulada. Conclusões acessórias e indiretas encontradas não estão expostas na referida Tabela.

³⁹⁴ Elaboração própria.

continuação

Quadro do Apêndice II	Variável	Resultado em Percentual
Quadro 5	Obrigações de fazer e não fazer	73%
	Publicação da decisão em veículo de comunicação	48%
	Não concessão de parcelamento de tributos federais devidos e não concessão de incentivos fiscais e subsídios públicos	27%
Quadro 6	Pena base	35%
	Dosimetria	48%
	Fundamentos da decisão (menção à jurisprudência)	31%

3.2 Panorama institucional do CADE acerca da política de repressão a cartéis

Conforme mencionado no capítulo 2, embora a dissuasão seja tradicionalmente relacionada à finalidade da sanção, verifica-se que a dissuasão também pode estar envolvida com todo o *enforcement* da lei, o qual é imprescindível para a certeza da condenação de uma conduta infrativa. Como visto, a probabilidade de condenação de uma conduta de cartel depende de um sistema efetivo de detecção, persecução e punição da prática ilícita, alinhando-se, assim, aos termos do citado estudo de Buccirossi et al.³⁹⁵

O estudo da dissuasão, portanto, foi norteado pelas premissas da ICN de que qualquer regime sólido de combate a cartéis depende de três fatores: (i) clareza na definição da conduta que constitui o cartel; (ii) agências bem estruturadas para detectar, investigar e punir cartéis; e (iii) um sistema de pena efetivo. Subsidiariamente, a análise se baseou nas sugestões de Crane³⁹⁶ no sentido de que a harmonização internacional de regimes de concorrência depende de uma estrutura material, procedimental e institucional.

Verificou-se, finalmente, que muitas aplicadas isoladamente nunca serão capazes de alcançar a completa dissuasão.³⁹⁷ Nesse sentido, considerando que outros tipos de pena são aplicados no ordenamento legislativo brasileiro por outras esferas jurídicas (por exemplo, a pena privativa de liberdade é aplicada pela esfera criminal) — diferentemente do ocorre em outras jurisdições, e.g., o OFT e o DOJ têm competência para reprimir

³⁹⁵ BUCCIROSSI, Paolo et al. Deterrence in Competition Law. Op. cit.

³⁹⁶ CRANE, Daniel A. op. cit.

³⁹⁷ Para tanto, cf. documento do DOJ: WERDEN, Gregory J. et al. Op. cit.

criminalmente cartéis —, a análise da presente pesquisa ficou delimitada a observar a possível fluidez entre as esferas administrativa, civil e criminal.

3.2.1 Método e variáveis da pesquisa

O método desta seção reitera o método da seção anterior (i.e., da análise jurisprudencial das penas), ou seja, serão analisados, de forma qualitativa, os referidos processos administrativos condenados pelo CADE envolvendo condutas de cartel, em uma amostra de 29 decisões condenatórias. Reitera-se, ainda, que serão analisados todos os documentos emitidos pelo CADE, isto é, voto do relator, voto-vista, voto vogal, voto em sede de recursos administrativos e acórdão, quando houver.

Quanto às variáveis, estas nortearão a análise do panorama institucional do CADE acerca da política de combate a cartéis, de modo que envolverão questões: (i) sobre a severidade da pena; (ii) procedimentais; (iii) materiais; e (iv) dissuasórias, nos termos estabelecidos a seguir. Esta segmentação se pautou no formato do ordenamento jurídico brasileiro vigente, nas “*best practices*” e na literatura especializada que fundamentou esta dissertação, sobretudo na seção relacionada ao caráter dissuasório de punição de cartel (seção 2.3).

3.2.1.1 Severidade da pena

Como visto, há controvérsias acerca do nível de dissuasão ideal para imposição de sanção contra os cartéis, ou seja, há estudos favoráveis à aplicação de penas elevadas, já que os infratores reagem ao aumento do valor das penas, e, por outro lado, há estudos contrários à elevação das penas de multa, no sentido de que poderá caracterizar a *over-deterrence* e, ainda, a possibilidade de as empresas falirem ou repassarem o valor das multas aos consumidores.

Apesar dessas controvérsias, fato é que o CADE vem anunciando a aplicação de pesadas multas em face da prática de cartel, tal como vêm anunciando as jurisdições internacionais estudadas. Assim, para fins da análise da severidade das penas, a hipótese a ser adotada aqui pressuporá que as penas aplicadas com dosagem severa, provavelmente contaram com um conjunto de elementos probatórios que auxiliou as autoridades a

encontrar detalhamentos da conduta, do mercado envolvido pela conduta e da atuação das partes infratoras, o que possibilitou a motivação de uma quantificação de pena elevada.

Nesses termos, em consonância com os estudos dissuasórios do capítulo 2, o conjunto de elementos a ser analisado aqui se refere às ferramentas sofisticadas de investigação, introduzidas em 2000 na legislação brasileira de defesa da concorrência, quais sejam: busca e apreensão, interceptação telefônica³⁹⁸ e programa de leniência.³⁹⁹ Supondo que tais ferramentas auxiliam com maior número de provas e evidências mais detalhadas e diretas sobre a atividade do cartel — conforme círculo virtuoso proposto anteriormente —, espera-se saber com esse tipo de análise se tais ferramentas contribuem para a formulação de penas mais motivadas e, no limite, mais severas.

A presente análise será conduzida por meio de dois conjuntos de decisões, isto é: o primeiro contendo decisões que não contaram com provas diretas da conduta, ou seja, com nenhum tipo de ferramenta indicada; e o segundo contendo decisões que contaram com provas diretas da conduta. Com isso, será calculada uma média dos percentuais desses dois conjuntos, a fim de verificar se as penas mais severas foram motivadas com um conjunto supostamente mais relevante de provas diretas. Nas decisões que tiverem individualizado a punição dos infratores, com aplicação de diferentes percentuais, será considerada a média de percentuais da decisão, para fins de cálculo da média total da amostra de decisões selecionadas. Note-se que a análise de todas as provas de cada caso concreto seria inviável no prazo formal estabelecido para esta pesquisa. Por isso, a análise será baseada, simplesmente, na presença ou não de uma das ferramentas indicadas. Ademais, não haverá distinção entre a análise a aplicação da Lei n. 8.884/1994 ou da Lei n. 12.529/2011, para fins desta pesquisa.

3.2.1.2 Questões procedimentais

³⁹⁸ Além das gravações clandestinas.

³⁹⁹ Ainda que o TCC, introduzido na legislação antitruste brasileira em 2007, possa trazer elementos adicionais sobre o *modus operandi* do cartel, este instrumento não será incluído nesta análise, para fins de delimitação deste trabalho, uma vez que o TCC é um instrumento essencialmente utilizado para por fim às investigações, com características particulares, cuja análise requer maior aprofundamento, o que poderia desvirtuar os objetivos desta pesquisa.

Considerando a importância procedimental vislumbrada por Tyler,⁴⁰⁰ será considerada nesta análise institucional a variável atinente à duração das investigações pelas autoridades concorrenciais brasileiras.

Esta variável tem relevância, pois os agentes praticantes de cartel calculam em suas estratégias a possível morosidade da análise das autoridades concorrenciais e, eventualmente, da esfera judicial — possibilitada pela apresentação de recursos procrastinatórios ao Poder Judiciário —, a fim de verificar se o lucro a ser auferido com a prática da conduta, somado ao tempo de investigação na esfera administrativa e judiciária, resultará em saldo positivo ou negativo.⁴⁰¹

Portanto, será observado se o tempo de análise do processo no SBDC costuma ser aproximado entre uma decisão e outra ou se há discrepância relevante entre eles. Além disso, será calculada uma média de tempo de análise com base no conjunto de decisões selecionadas. A delimitação desta análise considerará como início: o ano e o mês de instauração do processo administrativo pela SDE; e como fim: o ano e mês da decisão condenatória proferida pelo Plenário do CADE, inclusive considerando-se eventuais decisões do Plenário do CADE em sede de recursos administrativos. A data da decisão condenatória não envolverá, contudo, a eventual possibilidade de os condenados terem apresentado qualquer tipo de recurso à esfera judicial. Estas informações serão obtidas por meio dos documentos disponíveis no sítio eletrônico do CADE.

Estas variáveis poderão trazer evidências sobre a previsibilidade ou não das autoridades concorrenciais, em relação ao tempo de análise dos processos, bem como em termos de eficiência institucional da análise, uma vez que quanto mais tempo o processo ficar sob investigação, mais recursos públicos serão despendidos, podendo não ser lucrativo e eficiente sob o ponto de vista do desenvolvimento institucional do SBDC.

3.2.1.3 Questões materiais

Sobre as questões materiais, utilizaremos como variáveis desta análise “a definição

⁴⁰⁰ TYLER, T. R. op cit.

⁴⁰¹ Cf. HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy**. Op. cit., p. 153.

da conduta de cartel clássico”, bem como “o formato da norma”, em consonância com o estudo da dissuasão da seção 2.3.1.

Entretanto, não será proposta a adoção de uma determinada definição ou de um formato de norma; a análise se restringirá a verificar se o CADE se preocupa com a distinção e/ou definição do tipo de cartel — i.e., se clássico ou difuso — e com o formato da norma — i.e., se aplicou a regra *per se* ou a regra da razão, ou se classificou a infração pelo objeto ou a infração pelos efeitos. Tal análise se justifica em vista das premissas da ICN de que questões materiais são relevantes para o desenvolvimento de regimes sólidos de combate a cartéis, notadamente em termos de eficiência e sistematização da análise e da aplicação satisfatória da pena, já que cartéis clássicos certamente devem ser punidos com maior rigor que cartéis difusos, por exemplo.

Assim, as perguntas sobre esse tema serão: “O CADE se preocupou em distinguir e/ou definir o tipo de cartel, i.e., como clássico ou difuso?” e “O CADE se preocupou em mencionar se o cartel deve ser analisado pela regra *per se*, regra da razão ou classificou a infração pelo objeto ou efeito?”

3.2.1.4 Questões dissuasórias

Finalmente, quanto às questões dissuasórias, estas darão enfoque à inter-relação da esfera administrativa com as esferas criminal e civil por três principais motivos. O primeiro, em razão de o ordenamento jurídico brasileiro prever a punição criminal de cartel e o ressarcimento de danos resultantes dessa conduta, em âmbito civil. O segundo, em razão da importância dissuasória dessas esferas para fins da punição de cartéis, bem como pelo fato de a multa administrativa, quando aplicada isoladamente, não surtir os desejáveis efeitos dissuasórios. E, o terceiro, em razão de o CADE já ter manifestado interesse em desenvolver ações estruturantes de combate a cartéis em três eixos: administrativo, criminal e civil. Note-se que esta análise não adentrará o mérito dos pontos favoráveis ou desfavoráveis da repressão criminal de cartel, bem como das ações de ressarcimento de danos, conforme abordado na seção 2.3.3.

Quanto à esfera criminal, esta análise empreenderá questões no sentido de observar,

diante da prática decisória do CADE, se este órgão dá publicidade às autoridades criminais quanto a condutas de cartel condenadas na esfera administrativa. Cabe um parêntesis para enfatizar que esta análise não irá entrar no mérito da efetividade da forma de publicidade de decisões dada pelo CADE. Além disso, esta análise verificará quais processos foram analisados, simultaneamente ou concomitantemente, por ambas as esferas. Assim, busca-se verificar se o CADE se preocupa em desenvolver um relacionamento de maior fluidez com a esfera criminal, com vistas a atingir os fins dissuasórios do combate aos cartéis. Note-se que as informações envolvendo a existência de processos criminais serão obtidas por meio dos documentos emitidos pelo CADE, (isto é: relatório, voto do relator, voto-vista, voto-vogal, voto em sede de recursos administrativos e acórdão, quando houver) e por meio das informações disponíveis em Martinez.⁴⁰²

No que tange à análise a ser empreendida acerca da esfera civil, será observado se o CADE se preocupa em incentivar um maior número de ações de ressarcimento de danos, por meio da publicidade de suas decisões condenatórias às entidades eventualmente lesadas pela conduta de cartel. Nesse caso, esta análise será motivada, principalmente, pelos artigos 29 da Lei n. 8.884/1994, e 47 da Lei n. 12.529/2011, os quais se referem à possibilidade de os legitimados ingressarem em juízo para o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos com a infração da ordem econômica. Note-se que a CE e o OFT preveem dispositivos em suas legislações concorrenciais no sentido de incentivar ações privadas de danos. Tal como na análise da esfera criminal, esta análise não irá entrar no mérito sobre a efetividade da publicidade de decisões dada pelo CADE.

Finalmente, foi visto que a harmonização internacional das estratégias das autoridades para repressão de cartéis é uma variável relevante, principalmente tratando-se de cartéis internacionais, cujos sobrepreços são os mais elevados e os reflexos são negativos, sobretudo para os países em desenvolvimento — como o Brasil. A importância dessa variável se justifica em vista dos fins almejados com a dissuasão internacional do combate a cartéis, além da probabilidade de a cooperação internacional melhorar os níveis de detecção e, acima de tudo, de punição.

Nesses termos, será analisado se o CADE, em processos envolvendo cartéis de

⁴⁰² MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit., Apêndice VI.

dimensão internacional, fez uso de algum instrumento de cooperação internacional (troca de informações, por exemplo).

3.2.2 Resultado do panorama institucional da política de combate a cartéis

A primeira variável analisada (Quadro 1 do Apêndice III) investigou questões envolvendo a severidade das penas, por meio de dois conjuntos de decisões, quais sejam: o primeiro, envolvendo processos que não contaram com provas diretas da conduta; o segundo, envolvendo processos que contaram com provas diretas da conduta. Em relação ao primeiro conjunto, verifica-se que, das 29 decisões selecionadas, apenas 9 decisões não contaram com provas diretas da conduta. A média dos percentuais aplicados nas decisões que não contaram com provas diretas da conduta foi de 3,97%. Note-se que, ainda que a maioria das decisões tenha aplicado percentuais de 1%, há certa discrepância nos valores impostos pelo CADE, uma vez que em três decisões foram aplicados os seguintes percentuais: 5%, 7%, 9%, 10%, 15% e 20%.

Em relação ao segundo conjunto de decisões, verifica-se que, das 29 decisões selecionadas, 15 decisões contaram com provas diretas da conduta. A média de percentuais aplicados nas decisões que contaram com provas diretas da conduta foi de 13,28%. Note-se que, neste conjunto de decisões, o CADE impôs percentuais baixos no item 10 (i.e., 1%, 5% e 6%); item 14 (i.e., 5%); e item 15 (i.e., 1%).

Resta evidente a discrepância de percentuais aplicados para processos que contaram com provas diretas da conduta de cartel (i.e., 13,28%), em relação àqueles que não contaram com provas diretas, por meio de ferramentas de investigação/detecção (i.e., 3,97%). Assim, os resultados apontam para certa coerência das decisões do CADE em relação aos percentuais aplicados, com base no conjunto probatório do processo. Entretanto, vale notar que esta análise pode ter algumas fragilidades, já que, independentemente do conjunto probatório que norteou a análise, outras variáveis envolvendo peculiaridades do caso concreto podem ter influência relevante para esse tipo de análise, entre as quais: a caracterização do cartel como clássico como um fator de agravamento do percentual; externalidades positivas ou negativas do mercado; ação individualizada de cada infrator, etc..

Em vista do recorte da pesquisa, algumas decisões não serviram de base para esta análise, entre elas: em duas decisões o CADE adotou os critérios do artigo 23, inciso III, da Lei n. 8.884/1994 (itens 24 e 25) e em uma decisão o CADE condenou apenas pessoas físicas (item 27). Ademais, duas decisões que contaram com o instituto da leniência não tiveram seus percentuais⁴⁰³ divulgados, somente os valores da multa em Reais. Vale notar que, das 15 decisões que contaram com provas diretas da conduta, apenas 3 decisões se beneficiaram do programa de leniência.

A segunda variável analisada (Quadro 2 do Apêndice III) investigou questões procedimentais relacionadas ao período de análise e julgamento do processo pelas autoridades concorrenciais. Verifica-se que há um intervalo significativo entre o menor período e o maior período, i.e., 13 meses e 146 meses (mais de 12 anos), respectivamente. A média de meses envolvendo o período de análise da amostra de 29 decisões é de cerca de 62 meses, o que representa pouco mais de 5 anos, que é um período considerável em termos de análise concorrencial, comparando-se ao tempo de análise, por exemplo, de atos de concentração considerados complexos, em que a autoridade tem como prazo total o período de 330 dias (i.e., cerca de 11 meses) para emitir sua decisão (conforme artigo 88, parágrafos 2º e 9º, da Lei n. 12.529/2011).

Acredita-se que o período de cinco anos é significativo, podendo ser vantajoso para que os potenciais infratores consigam traçar a estratégia do conluio, de modo que possam provisionar os lucros da prática ilícita e a potencial condenação administrativa, para saber se a conduta será lucrativa. Entretanto, trata-se de premissa que depende de análise mais aprofundada, a qual não será testada no âmbito deste estudo.

A terceira variável analisada (Quadro 3 do Apêndice III) investigou questões materiais, relacionadas à definição de cartel e ao formato da norma aplicável a esta conduta. Como visto, não foi possível restringir a análise somente a condutas de cartel clássico, uma vez que o CADE, em muitas decisões, não faz a distinção do tipo da conduta.

Os resultados desta análise sugerem uma nítida ausência de sistemática das

⁴⁰³ Vale notar que, no voto do Relator do PA n. 08012.011027/2006-02, foi informado o valor do percentual aplicado no âmbito do PA n. 08012.004702/2004-77 (i.e. 30%), o qual tinha sido divulgado como sendo confidencial.

decisões quanto à caracterização da conduta de cartel. Verifica-se que, das 29 decisões analisadas, apenas 11 decisões definiram e/ou distinguiram a conduta de cartel clássico em relação ao cartel difuso (i.e., cerca de 37%).

Vale notar que a primeira decisão que se preocupou em definir e distinguir o tipo de cartel foi no âmbito do “Cartel das Britas” (item 8).⁴⁰⁴ Decisões subsequentes passaram a se pautar nos parâmetros estabelecidos nesta decisão (vide itens 19, 20, 21 e 28), sendo que as decisões dos itens 19⁴⁰⁵ e 20⁴⁰⁶ fizeram uma análise sistemática rigorosa da caracterização e gravidade da conduta — com base no conjunto probatório do processo — norteada pelos parâmetros de definição e distinção da conduta de cartel clássico.

Além disso, em decisões recentes o CADE passou a caracterizar o cartel clássico sob a denominação de “cartel organizado” (itens 23 e 24). Essa desordem quanto à definição da infração torna-se mais provável com a troca de mandatos dos conselheiros do CADE, uma vez que cada conselheiro tende a adotar uma sistemática particular de análise e interpretação da norma, o que não contribui para a construção de uma jurisprudência bem-orientada.

Quanto ao formato da norma caracterizadora da infração de cartel, nota-se que em apenas 6 decisões das 29 analisadas (i.e., cerca de 20%) o CADE mencionou expressamente a aplicação da regra *per se*, sendo que somente uma decisão adotou a regra da razão. Verifica-se, também, uma tendência nas decisões recentes do CADE sugerindo a caracterização de cartel como infração pelo objeto (itens 21, 22, 23, 28 e 29). Entretanto, embora as citadas decisões tenham falado em regra *per se* ou infração por objeto, não resta claro quais são os exatos termos que distinguem uma análise da outra. Isto porque o referido “Cartel das Britas” (item 8), por exemplo, adotou a regra *per se* no sentido de que a prova do cartel é suficiente para determinar sua ilicitude. Por outro lado, os referidos itens 21, 22, 23, 28 e 29 classificaram a infração pelo objeto, mas fundamentaram a análise com base no “Cartel da Britas”, o qual adotou regra *per se*.

Além disso, embora algumas decisões não tenham aprofundado a análise do

⁴⁰⁴ Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14.

⁴⁰⁵ Processo Administrativo n. 08012.005495/2002-14.

⁴⁰⁶ Processo Administrativo n. 08012.004702/2004-77.

formato da norma (i.e., se deve ser aplicada a regra *per se* ou da razão; se ou o cartel deve ser classificado como infração pelo objeto ou efeitos), nota-se, na análise dos itens 11, 12, 14, 18 e 28, que o CADE se preocupou em interpretar o artigo 20 da Lei n. 8.884/1994, que trata da caracterização de infrações à ordem econômica.

O norteamento das decisões em relação à definição/distinção de cartel clássico, bem como quanto ao formato da norma, são relevantes para sistematizar os critérios de análise e enquadramento da conduta — o que por si só traz eficiência procedimental, evitando custos e tempo excessivo de análise —, além de ser uma variável importante para quantificar a gravidade da infração, pois um cartel clássico certamente é mais prejudicial que um cartel difuso, devendo ser punido com pena mais rigorosa. A sistematização e a transparência dessas variáveis minimizam a insegurança jurídica decorrente, sobretudo, da alteração da composição do Plenário do CADE, já que a falta de norteamento da jurisprudência faz com que os novos conselheiros adotem parâmetros particulares de decisão, não sendo satisfatório para fins de construção da jurisprudência e para fins institucionais do CADE.

Finalmente, a quarta variável analisada (Quadro 4 do Apêndice III) investigou variáveis dissuasórias, relacionadas à inter-relação entre as esferas administrativa, civil e criminal, bem como a dissuasão internacional.

Quanto à esfera criminal, verifica-se que em apenas 3 decisões das 29 analisadas (i.e., cerca de 10% da amostra de decisões) o CADE determinou, expressamente, a remessa de sua decisão às autoridades criminais. Ademais, foram encontradas 18 investigações criminais relacionadas à amostra de 29 decisões administrativas analisadas, representando um percentual relevante de 62%. Algumas dessas investigações criminais motivaram a instauração do processo administrativo perante o CADE, o que evidencia certa fluidez entre essas esferas jurídicas. Cabe destacar a proximidade da relação entre a esfera administrativa e criminal no “Cartel das Cargas Aéreas” (item 28), em que o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual de São Paulo constaram como intervenientes-anuentes do acordo de leniência.

Quanto à esfera civil, observa-se que em apenas um caso houve determinação expressa de remessa da decisão a determinadas entidades para fins de propositura de ações

de ressarcimento de danos decorrente da conduta de cartel (“Cartel dos Gases” – item 18). Além desse caso, o item 13 também determinou a remessa de cópia da decisão a certas entidades, mas não especificou os objetivos dessa determinação. Os itens 10, 19, 21 e 27 já contavam com ações civis públicas instauradas previamente ao processo administrativo perante o CADE.

Verifica-se, ainda, que em 8 decisões⁴⁰⁷ das 29 analisadas (i.e., cerca de 27% da amostra de decisões), o CADE deu publicidade de sua decisão a certas entidades, mas não especificou os fins dessa determinação, vale dizer, se o objetivo eram providências de ordem civil ou criminal.

Os resultados evidenciam pouca fluidez na inter-relação das esferas civil e administrativa, notadamente considerando que em nenhuma decisão houve menção expressa dos dispositivos da legislação concorrencial brasileira que permitem aos legitimados ingressarem em juízo para o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos com a infração da ordem econômica (artigos 29 da Lei n. 8.884/1994 e 47 da Lei n. 12.529/2011).

Finalmente, em relação à dissuasão internacional, em nenhuma das quatro decisões relacionadas a cartéis internacionais se verificou a utilização de instrumentos de cooperação internacional pelo CADE. Simplesmente, foi possível extrair das decisões que o CADE se preocupou em observar a análise realizada pelas jurisdições internacionais.

Para ilustrar, a tabela 7 sintetiza os resultados diretos⁴⁰⁸ encontrados nas respostas da amostra de decisões analisadas, referentes ao panorama institucional do CADE sobre a política de repressão a cartéis (Apêndice III).

⁴⁰⁷ Cf. itens 2, 8, 16, 19, 20, 24, 26 e 27.

⁴⁰⁸ Fala-se em resultados diretos, pois a tabela sintetiza somente os resultados objetivos referentes às respostas encontradas a partir de cada pergunta formulada. Conclusões acessórias e indiretas encontradas não estão expostas na referida Tabela.

Tabela 7 - Resultado da análise das decisões do Apêndice III⁴⁰⁹

Quadro do Apêndice III	Variável	Resultado
Quadro 1	Severidade da pena, sem provas diretas da conduta	3,97% (média do percentual imposto em 9 decisões das 29 analisadas)
	Severidade da pena, com provas diretas da conduta	13,28% (média do percentual imposto em 15 decisões das 29 analisadas)
Quadro 2	Período de análise e julgamento do processo pelas autoridades concorrenciais	Média de 62 meses, que representam cerca de 5 anos
Quadro 3	Definição e/ou distinção de cartel clássico em relação a cartel difuso	37%
	Aplicação da regra <i>per se</i>	20%
Quadro 4	Inter-relação com a esfera criminal	10%
	Investigações criminais relacionadas às decisões analisadas	62%
	Inter-relação com a esfera civil	3%
	Publicidade da decisão sem especificar os fins almejados	27%
	Dissuasão internacional	Nenhum

⁴⁰⁹ Elaboração própria.

CONCLUSÕES

Esta dissertação analisou um tipo específico de infração à ordem econômica, denominada “cartel”, a qual é reprimida no ordenamento jurídico brasileiro pelas esferas administrativa, criminal e civil. Essa conduta é considerada “o vilão por excelência” dos regimes de concorrência do mundo, devido às ineficiências alocativa, produtiva e dinâmica produzidas ao mercado e à coletividade. Daí a necessidade de as autoridades concorrenciais judicantes investirem em políticas voltadas ao seu combate. Conforme foi visto, o desenvolvimento e o sucesso de políticas dessa natureza dependem de diversos parâmetros relacionados à definição e tipificação dessa conduta; à estrutura ferramental de detecção e investigação de cartel; e, sobretudo, a um regime de pena efetivo. Por isso, a curiosidade de investigar a jurisprudência do CADE acerca da punição de cartéis clássicos, a fim de trazer uma perspectiva útil, sinalizando as lacunas e problemas encontrados nas decisões, a fim de nortear decisões futuras a serem emitidas pelo Conselho.

Nesses termos, o capítulo 1 fez uma abordagem geral dos efeitos negativos produzidos pela prática de cartel ao mercado e sua necessidade de punição. Também foi apresentado um panorama internacional sobre a convergência da política de defesa da concorrência, notadamente em relação ao combate a cartéis. Foi exibido, ainda, um histórico de repressão a cartéis no Brasil, pontuando algumas fases consideradas decisivas para a evolução dessa política.

O capítulo 2 teve um papel mais direcionado ao objetivo central desta pesquisa, que são as penas aplicáveis a cartéis e seu efeito dissuasório, sob o ponto de vista material, procedimental e institucional. Nesse sentido, foram expostas as previsões sobre penas às infrações da ordem econômica das legislações antitruste brasileira, bem como, paralelamente, estudou-se o regime de penas de jurisdições internacionais.

Dada a importância do caráter dissuasório para regimes repressivos da conduta de cartel, a seção 3, do capítulo 2, dedicou-se, com mais detalhes, a estudar questões dissuasórias envolvidas na punição de cartéis e no *enforcement* dessa conduta como um todo. Estas questões tiveram respaldo na citada pesquisa de Tyler, a qual sugere que a moralidade pessoal dos indivíduos e a legitimidade das autoridades perante os cidadãos

têm um papel importante para o cumprimento da lei, assim como a justiça procedimental tem um papel de relevo para que as autoridades alcancem a legitimidade — principalmente autoridades judicantes tomadoras de decisão —, pois os indivíduos precisam acreditar que suas visões e defesas estão sendo consideradas em uma decisão. Adicionalmente, a pesquisa de Crane reforçou essas noções em dimensão internacional, ou seja, indicou que variáveis materiais, procedimentais e institucionais são essenciais para a harmonização internacional do direito da concorrência e, conseqüentemente, para a política internacional de combate a cartéis.

Ademais, pensando na completude da política de combate a cartéis e no fato de que o ordenamento jurídico brasileiro conta com mais de uma esfera jurídica para a repressão dessa conduta, foram expostos argumentos acerca da importância de maior fluidez das fronteiras existentes entre essas esferas e de uma cooperação de experiências e competências institucionais entre atores do Poder Executivo Federal, como também entre autoridades concorrenciais internacionais, pois a aprendizagem coletiva auxilia na efetividade, celeridade e aperfeiçoamento da política investigativa. Notam-se alguns avanços nesse sentido, quais sejam: acordos de cooperação celebrados pela antiga SDE com as Polícias Cíveis e Federal, bem como com os Ministérios Públicos Federal e Estaduais, a criação da ENACC, entre outros acordos internacionais celebrados pelo CADE e outras jurisdições.

Finalmente, o capítulo 3 deu enfoque à análise da prática decisória do CADE, baseada em todas as premissas vislumbradas nos capítulos prévios, i.e., fundamentada no arcabouço legislativo brasileiro, nas melhores práticas internacionais e na literatura especializada sobre o tema.

A análise prática do capítulo 3 se justificou em vista de se verificar a necessidade de o CADE motivar o merecimento de um valor de pena excessivo em detrimento de um valor inferior, em atenção ao princípio da motivação das decisões administrativas. Além disso, os critérios de aplicação de pena também são relevantes para qualquer autoridade concorrencial judicante. Nesses termos, pontuou-se que simplificações metodológicas como os *guidelines* podem ser um importante instrumento a contribuir com a formulação de penas, tornando-a, no que for possível mais sistemática. Por isso, buscaram-se referências de regimes antitruste tradicionais e desenvolvidos, como o dos Estados Unidos,

a Comissão Europeia e o OFT, a fim de entender quais variáveis são relevantes para fins de aplicação da sanção contra infrações anticompetitivas, bem como o método utilizado por estas jurisdições.

Antes de adentrar as conclusões deste trabalho quantos aos objetivos e hipóteses que motivaram esta pesquisa, importante uma pausa para se refletir sobre declaração do atual presidente do CADE, Vinícius Marques de Carvalho, constante em publicação oficial do Conselho, impressa no livro comemorativo dos cinquenta anos da autarquia:

É muito mais apropriado olhar para esses últimos 50 anos como um período em que, por meio de ações incrementais, o aparato estatal foi se desenvolvendo. Os grandes marcos, como a edição da Lei 8.884/1994 e, recentemente, da Lei 12.529/2011, não são uma ruptura com o que vinha sendo feito antes, mas sim o resultado de um processo de aprendizagem e de amadurecimento sedimentado em experiências passadas.⁴¹⁰

Não há como discordar do evidente processo de aprendizagem, amadurecimento e reconhecimento nacional e internacional do CADE como instituição concorrencial judicante brasileira. Especialmente quanto ao combate a cartéis, verifica-se uma extensa evolução dos mecanismos e ferramentas de detecção e investigação desta conduta, bem como um aprimoramento legislativo — e.g., a edição da Lei n. 12.529/2011 —, o qual coloca o Brasil em posição cada vez mais próxima das jurisdições desenvolvidas.

Entretanto, não basta dar prioridade apenas aos mecanismos de investigação, é preciso que as penas também sejam impostas adequadamente para que a política complete o círculo virtuoso almejado. Assim, entende-se que as hipóteses⁴¹¹ testadas neste estudo

⁴¹⁰ Cf. BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Defesa da concorrência no Brasil**. Op. cit., p. 15.

⁴¹¹ Entre elas: (i) hipótese 1 - tendo em vista que as autoridades concorrenciais brasileiras têm uma reconhecida evolução no combate a cartéis, inclusive por instituições internacionais, bem como vêm elevando significativamente os percentuais de penas impostas contra esta conduta — ainda que não disponham de um método pré-estabelecido —, o CADE também deveria estar atento aos mecanismos de punição dessa conduta, seja fundamentando o merecimento de percentuais elevados, seja norteando suas decisões de modo responsável e coerente com os dispositivos da lei de defesa da concorrência, por meio de um método consistente e, sobretudo, alinhado às melhores práticas internacionais; (ii) hipótese 2 - considerando o nítido progresso do CADE como autoridade concorrencial brasileira, espera-se que este órgão também se preocupe com variáveis institucionais, procedimentais e materiais que estejam direta ou indiretamente relacionadas à punição da conduta de cartel. Nesse caso, será considerada como variável material a definição e formato da norma para fins de análise da conduta de cartel clássico. Quanto à variável procedimental, será considerado o tempo de análise das condutas de cartel pelo CADE e a correlação dos instrumentos de detecção e investigação da conduta de cartel com o nível de pena aplicado pelo CADE. Em

não foram provadas integralmente, ao menos com base nos critérios delimitados nesta pesquisa. Note-se que a maioria dos resultados encontrados (Tabelas 6 e 7) está muito aquém do desejável (na Tabela 6, por exemplo, a maioria dos percentuais encontrados são inferiores a 50%). Isto porque os resultados do trabalho apontam para certa desordem da jurisprudência do CADE, o qual é o aplicador do direito da concorrência, em relação aos critérios de análise e de punição da prática de cartel — note-se que, embora esta pesquisa tenha se dedicado à conduta de cartel, os resultados aqui contidos podem ser úteis à punição de outras condutas anticompetitivas estabelecidas na lei de defesa da concorrência. Isso não significa que a análise realizada nesta dissertação não tenha encontrado resultados positivos em nenhum aspecto das hipóteses suscitadas. Pelo contrário, notam-se diversos fatores positivos em termos de política punitiva; apenas há uma discrepância entre os fatores positivos e negativos resultantes da análise jurisprudencial.

Os resultados negativos de maior relevo nesta análise dizem respeito à primeira hipótese, a qual tratou das sanções aplicadas pelo CADE às condutas de cartel. Nota-se uma desordem, especialmente quanto ao método de aplicação de pena, pois, além de não ter sido encontrada uma sequência lógica das etapas de punição da conduta de cartel, verifica-se que cada decisão cria um novo precedente, vale dizer, cria uma nova sistemática metodológica de aplicação de penas, não havendo coerência das variáveis elegíveis para composição das sanções, sob o ponto de vista procedimental e material. A falta de consistência metodológica é corroborada pelo resultado identificado de que o CADE não costuma referenciar penas e métodos utilizados em seus precedentes, pois em apenas 31% das decisões o CADE citou, expressamente, decisões anteriores, independentemente do método que tenha sido nelas aplicado.

Ainda sobre o caráter metodológico, os resultados apontam para um percentual consideravelmente baixo de decisões que adotaram uma pena base (i.e., 35%); além disso, as decisões que aplicaram pena base não se basearam em nenhum método, critério ou congênere coincidentes entre si. Igualmente, em relação à dosimetria, menos da metade das decisões analisadas consideraram algum critério de dosimetria (i.e., 48%); porém, nenhum dos critérios verificados é coincidente entre si. (cf. resultados do Quadro 6 do Apêndice II).

relação às variáveis institucionais, será analisada a inter-relação do CADE com as esferas criminal e civil, uma vez que estas esferas também coíbem cartéis, por meio de penas de multa e privativas de liberdade, bem como por meio de ações de ressarcimento de danos provocados pela atividade do cartel, respectivamente.

Como foi notado inicialmente, há de se reconhecer os aspectos positivos encontrados nas decisões. Dessa forma, destaca-se que o critério adotado pelo CADE no âmbito do “Cartel da Areia”⁴¹² (item 16 do Quadro 6 do Apêndice II) foi o método mais louvável em termos de sistemática de aplicação de pena, dentre todas as decisões analisadas nesta dissertação, podendo ser um bom parâmetro para decisões futuras do CADE.

Outra variável relevante que pode contribuir para sistematizar as etapas do eventual método a ser adotado na decisão punitiva é a individualização da sanção a cada infrator. A relevância da individualização da sanção se verifica, principalmente, por se tratar de um princípio de ordem constitucional. Embora o CADE não tenha aplicado a individualização da sanção em todas as decisões da amostra selecionada, os resultados foram satisfatórios, pois mais da metade das decisões analisadas individualizaram a pena (i.e., 62%), sendo que a decisão envolvendo o Cartel das Britas⁴¹³ representou a primeira decisão mais bem fundamentada e detalhada nesse aspecto.

Os critérios retributivos analisados nesta pesquisa resultaram nas piores expectativas. As variáveis analisadas foram: vantagem auferida (com 17% de aplicação pelo CADE); sobrepreço (não houve cálculo do sobrepreço, mas em 10% das decisões houve aplicação de uma estimativa, com base em estudos sobre o tema); a duração (esta não foi usada em nenhuma decisão como critério de agravamento da pena, embora em poucos casos o CADE tenha mencionado a duração da conduta); e a reincidência, que foi aplicada em apenas uma decisão, mas nota-se uma falta de critérios para fins de sua fundamentação.

Como visto, em um estado de mundo ideal, o cálculo da vantagem auferida ou sobrepreço seria essencial para uma quantificação mais aproximada dos prejuízos ocasionados pela prática de cartel. Contudo, em vista das ressalvas quanto às dificuldades de realização desses cálculos e da omissão legislativa acerca do modo de aplicação da vantagem auferida, justifica-se que seja iniciada pesquisa — acadêmica ou não acadêmica aplicada — sobre este tema, a fim de tentar investigar os critérios e/ou encontrar um método/modelo para esse cálculo, que possa contribuir para minimizar as dificuldades

⁴¹² Processo Administrativo n. 08012.000283/2006-66. Relator: Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo.

⁴¹³ Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14.

encontradas pelo CADE para encontrar esse tipo de estimativa.⁴¹⁴

A duração da infração também é uma variável de peso para o cálculo da pena, principalmente considerando-se a unanimidade das jurisdições estrangeiras quanto à adoção dessa variável em uma das etapas do cálculo da sanção, razão pela qual o CADE deve levar em conta esta variável na aplicação da pena de multa.

A análise da reincidência, por sua vez, restou prejudicada, por haver apenas uma decisão aplicando esta variável. Assim, sugere-se que outras pesquisas — acadêmicas ou não acadêmicas aplicadas — se dediquem a analisar esta variável por meio de uma amostra maior de decisões, ou seja, considerando outros tipos de infrações concorrenciais, de modo a analisar a abrangência e a extensão da reincidência, conforme aplicação preconizada na jurisprudência do CADE. Além disso, sugere-se uma análise sobre qual a aplicação satisfatória da reincidência, ou seja, se deve ser aplicada como pena base ou agravante, já que o ordenamento jurídico prevê essas duas possibilidades. E, finalmente, sugere-se que eventual estudo possa investigar a correlação entre a frequência de aplicação da reincidência pelas autoridades concorrenciais com a efetividade da política repressiva de cartéis, notadamente em vista de esta dissertação não ter aprofundado este estudo, além de as pesquisas referenciadas serem inconclusivas sobre esse aspecto.

Quanto às circunstâncias agravantes e atenuantes, nota-se uma discrepância entre as decisões que se valeram de agravantes (51% das decisões) e de atenuantes (10% das decisões). Como visto, as circunstâncias agravantes mais recorrentes nas jurisdições estrangeiras analisadas são: consumação da infração, liderança, reincidência e situação econômica do infrator; e as atenuantes são: cooperação com as autoridades; situação econômica do infrator; e *compliance*. Os resultados desta pesquisa não deixam dúvidas de que a agravante mais aplicada pelo CADE foi a liderança, ao passo que as atenuantes mais aplicadas foram: situação econômica do infrator e cooperação com as autoridades. Ainda que tais circunstâncias agravantes/atenuantes aplicadas pelo CADE estejam alinhadas às jurisdições estrangeiras, acredita-se que o CADE ainda deve se ater a aplicar estas variáveis de modo mais recorrente e consistente em suas decisões, inclusive atentando-se

⁴¹⁴ Aos olhos de Martinez, “O legislador poderia ter aproveitado a alteração legislativa para aperfeiçoar o texto no sentido da multa ter que corresponder a até um múltiplo (e.g. duas ou três vezes) o valor da vantagem auferida.” (MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit., p. 114-115).

para as críticas, positivas e negativas, acerca da redação dos dispositivos da lei envolvendo estas variáveis.

Quanto ao caráter dissuasório, verifica-se que o CADE, em nenhuma decisão analisada, se preocupou em adotar um critério dedicado à dissuasão, seja estabelecendo uma dosagem para esta variável, seja criando um método que embutisse os fins dissuasórios da punição. Neste caso, incentivam-se estudos que tentem encontrar um percentual (ou congênere) ideal para fins dissuasórios da punição de cartel, de modo que seja somado às outras variáveis da aplicação de pena, especialmente em razão das discussões e controvérsias existentes acerca da fórmula ideal para fins dissuasórios da punição. Por outro lado, quanto à dissuasão internacional, embora o CADE tenha condenado poucos processos referentes a cartel internacional, verifica-se que este órgão se preocupa com a análise das autoridades internacionais, o que é um fator positivo para a política de combate a cartéis em nível internacional, devendo esta postura do CADE ser mantida em decisões futuras. Entretanto, não se vislumbrou nos resultados dessa pesquisa nenhum instrumento de cooperação internacional entre o CADE e outras jurisdições para fins de aplicação de pena, devendo-se incentivar essa iniciativa em decisões futuras, com as ressalvas de que não sejam emprestadas, de outras jurisdições, experiências inadequadas e inaplicáveis à realização do regime antitruste brasileiro.

Em relação às obrigações de fazer e não fazer aplicadas pelo CADE, em caráter acessório às penas de multa, nota-se que, na maioria das decisões analisadas, o CADE impôs penalidades acessórias (i.e., 73% das decisões), sendo um resultado positivo desta investigação. A obrigação de fazer mais recorrente foi a publicação da decisão em algum veículo de comunicação; a segunda penalidade acessória mais recorrente foi a não concessão de parcelamento de tributos federais devidos e a não concessão de incentivos fiscais e subsídios públicos. Além disso, merece destaque que apenas uma decisão impôs a obrigação às empresas de adotarem programas de *compliance*, os quais são utilizados por algumas jurisdições — e.g., a norte-americana —, como circunstância atenuante. Ademais, ainda que haja algumas ressalvas quanto à pena de desqualificação profissional, tradicionalmente aplicada pelo Reino Unido, nota-se que a alteração legislativa recente (i.e., a Lei n. 12.529/2011) introduziu dispositivos às obrigações acessórias de punição que podem vir a ser interpretados pelo CADE de modo semelhante à desqualificação profissional, em vista da abrangência e abstração do texto destes dispositivos, quais sejam:

incisos VI e VII do artigo 38 da Lei n. 12.529/2011. Entretanto, trata-se apenas de expectativas, pois este dispositivo ainda não foi imposto pelo CADE em decisões condenatórias.

Como conclusão da análise das sanções aplicadas pelo CADE contra condutas de cartel, traduzida na primeira hipótese desta pesquisa, sugere-se, como ponto de partida para eventual elaboração de um método (por meio de *guidelines*, resolução ou congênere) ou como parâmetro para decisões futuras do CADE, que a aplicação de sanção a práticas de cartel siga a sequência lógica estabelecida na lei de defesa da concorrência, a qual está, em geral, alinhada às etapas de aplicação de sanção das jurisdições estrangeiras analisadas, com as ressalvas salientadas no âmbito desta dissertação sobre cada uma dessas variáveis, nos termos da equação a seguir:

$$M \text{ (multa individualizada)} = PB \text{ (pena base)} + A \text{ (agravantes)} - a \text{ (atenuantes)} + O \text{ (obrigações de fazer e não fazer)}$$

Onde: PB = percentual + variáveis dissuasórias + variáveis retributivas.

Onde: variáveis retributivas = vantagem auferida e/ou sobrepreço e duração da infração e reincidência.

Em relação à segunda hipótese da pesquisa, envolvendo a análise institucional do CADE acerca das condutas de cartel, verifica-se, com os resultados deste trabalho, que esta hipótese também não foi provada integralmente. Tal hipótese se pautou na necessidade de apresentar uma perspectiva útil aos aplicadores do direito da concorrência acerca de variáveis que vão além da pena em si, mas que podem influenciar na efetividade e no formato da punição, respaldado nos preceitos da ICN⁴¹⁵ e nos estudos de Buccirrossi et al.⁴¹⁶ e Crane.⁴¹⁷

⁴¹⁵ De acordo com a ICN, regimes sólidos de combate a cartéis dependem de: (i) clareza na definição da conduta que constitui o cartel; (ii) agências bem estruturadas para detectar, investigar e às vezes processar cartéis; e (iii) um sistema de pena efetivo. (INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Defining Hard Core... Op. cit., p. 1).

⁴¹⁶ Referido estudo discutiu as propriedades da dissuasão, em um regime de política de concorrência, que vão além das sanções. Identificou-se neste estudo que, de acordo com os fundamentos da teoria econômica aplicada ao direito, há diversos fatores que são prováveis de afetar o grau de dissuasão: 1) qualidade da lei; 2) recursos financeiros e humanos; 3) poderes de investigação; 4) sanções e danos; 5) independência; e 6) separação dos poderes. (BUCCIROSSI, Paolo et al. Deterrence in Competition Law. Op. cit.).

Quanto à severidade das sanções aplicadas pelo CADE, restou evidente que as decisões que contaram com um conjunto probatório mais robusto puderam aplicar os maiores percentuais (i.e., a média de percentual aplicada para esses casos foi de 13,28%), ao passo que as decisões que não contaram com provas diretas da conduta aplicaram percentuais inferiores (i.e., a média de percentual aplicada para esses casos foi de 3,97%). Ainda que esta análise tenha certas fragilidades, serve como um bom indicador da utilidade dessas ferramentas, as quais contribuem para um conjunto probatório e com informações mais detalhadas sobre a conduta, que acabam por influenciar na formulação da decisão condenatória, devendo ser incentivadas e aprimoradas no processo de aprendizagem do SBDC. Exemplos perfeitos dessa dupla utilidade das ferramentas de investigação pode ser verificado no âmbito do “Cartel dos Peróxidos”⁴¹⁸ e do “Cartel das Cargas Aéreas”,⁴¹⁹ em que houve leniência e interface exemplar com o Ministério Público Estadual de São Paulo e com o Ministério Público Federal.

Quanto ao tempo despendido pelas autoridades em investigações e condenações de cartel, embora haja a intuição de que a média do período encontrado nos resultados da pesquisa (i.e. cinco anos) seja significativa, seria importante um estudo direcionado para essa questão, a fim de vislumbrar um período considerado satisfatório para fins de punição de cartel, de modo que o período de investigação não fosse vantajoso aos potenciais infratores, a ponto de conseguirem provisionar os lucros da prática ilícita, considerando o provável tempo de análise das autoridades antitruste, para saberem se a conduta será lucrativa.

As questões materiais investigadas na segunda hipótese são as que mais chamam a atenção, em vista da inconsistência da jurisprudência do CADE sobre esse ponto. Essa inconsistência foi notada desde a seleção do conjunto de decisões analisadas nesta pesquisa, pois foi difícil apurar as decisões envolvendo condutas de cartel, em razão das omissões acerca da tipicidade da conduta.

⁴¹⁷ Referido autor sugeriu que a harmonização internacional dos regimes de concorrência dependem de três frentes: material, procedimental e institucional. (CRANE, Daniel A. Op. cit.).

⁴¹⁸ Processo Administrativo n. 08012.004702/2004-77.

⁴¹⁹ Processo Administrativo n. 08012.011027/2006-02.

Nota-se que o CADE não costuma aprofundar sua análise sobre a definição e/ou distinção entre um cartel clássico e um cartel difuso em suas decisões (apenas 37% das decisões entraram nesse mérito). Ainda que algumas decisões⁴²⁰ tenham se preocupado com o rigor da tipificação da conduta, este resultado está muito aquém do desejável: principalmente diante da evolução dos mecanismos de investigação da conduta de cartel, a definição do ilícito deveria ser algo mais consistente. A definição do cartel sistematizará a análise do caso concreto de modo mais eficiente e, especialmente, auxiliará na quantificação da punição, pois um cartel sofisticado, que tenha contado com mecanismos institucionalizados de monitoramento e retaliação de seus membros e/ou com o auxílio dos denominados “*hub and spoke*” (i.e., as consultorias contratadas para traçar as estratégias de ação do cartel), certamente é mais perigoso do que aqueles que não tiveram este grau de institucionalidade — sem contar os fatores estruturais de mercado facilitadores do cumprimento do cartel, que podem auxiliar nessa análise e distinção de um tipo de conduta em relação à outra. Sugere-se que a definição desse ilícito seja formalizada por meio de uma súmula, a partir de um conjunto de decisões que, na opinião do CADE, tenha apresentado uma definição satisfatória dessa conduta.

Diante da plena ausência de norteamiento das decisões do CADE acerca do formato da norma para análise de condutas de cartel (i.e., se deve ser analisado sob a regra *per se*, regra da razão ou como infração pelo objeto), sugere-se um maior contingente de pesquisas nesse sentido, dada a importância de que esses conceitos e o enquadramento da conduta sejam consolidados, a fim de trazer eficiência procedimental, evitando custos e tempo excessivo de análise e digressões entre os membros do Plenário do CADE, os quais devem se ater à emissão de decisões: (i) racionais para a Administração, em termos de política de combate aos cartéis; (ii) dissuasórias, em termos de punição dos infratores, e que ao mesmo tempo atendam ao princípio da proporcionalidade; e (iii) visando à maximização do bem-estar social. Assim, caberá ao legislador, aos acadêmicos do direito e aos economistas pensar no formato satisfatório da norma, ou melhor, pensar no direito da concorrência como ferramenta, conforme a expressão usada por Coutinho,⁴²¹ para auxiliar

⁴²⁰ Cartel das Britas (Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14); Cartel dos Peróxidos (Processo Administrativo n. 08012.004702/2004-77); e Postos de Guaporé (Processo Administrativo n. 08012.005495/2002-14).

⁴²¹ Referido autor propôs e descreveu alguns papéis e tarefas para o direito e seus operadores em políticas públicas. De acordo com ele, “Esses papéis consistem em apontar fins e situar as políticas no ordenamento (direito como objetivo), criar condições de participação (direito como vocalizador de demandas), oferecer

os aplicadores do direito da concorrência a tomarem a melhor decisão em termos de política de combate a cartéis.

O desenvolvimento de instituições concorrenciais mais transparentes, responsáveis e, no que for cabível, em harmonia com as melhores práticas internacionais, é relevante tanto para a harmonização internacional do combate a cartéis, quanto para a preservação do devido processo e dos direitos fundamentais dos jurisdicionados, notadamente considerando que a evolução dos mecanismos de descoberta e persecução de cartéis acaba por dificultar ainda mais a defesa dos potenciais infratores — e.g., a implementação de ferramentas sofisticadas de detecção e persecução, e.g., a busca e apreensão, leniência, etc., facilitam a descobertas de práticas anticompetitivas e, conseqüentemente, a aplicação de penas.

Finalmente, quanto à inter-relação entre as esferas administrativa, civil e criminal, nota-se um maior distanciamento do CADE em relação à esfera civil do que em relação à esfera criminal. Um possível fator que justifique a aproximação e o diálogo entre essas duas últimas esferas deve-se à cooperação das investigações criminais com a esfera administrativa, sendo que algumas investigações foram iniciadas na esfera criminal antes de ser instaurado o processo administrativo.

Além disso, verifica-se que em nenhuma decisão houve menção expressa dos dispositivos da legislação concorrencial brasileira que dispõem sobre a possibilidade de os legitimados ingressarem em juízo para o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos com a infração da ordem econômica (art. 29 da Lei n. 8.884/1994 e art. 47 da Lei n. 12.529/2011). A legislação deixou esse meio explícito para que o CADE possa criar uma interface com a esfera civil, de modo a complementar a política antitruste repressiva,

meios (direito como ferramenta) e estruturar arranjos complexos que tornem eficazes essas políticas (direito como arranjo institucional).” (COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Eds.). **Política pública como campo disciplinar**. São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013, p. 194). Especificamente, em relação ao direito como ferramenta, este autor sugeriu que “Descrever o direito como ferramenta de políticas públicas como categoria de análise serve para enfatizar que a seleção e a formatação dos meios a serem empregados para perseguir os objetivos pré-definidos são um trabalho jurídico. O estudo das diferentes possibilidades de modelagem jurídica de políticas públicas, a escolha dos instrumentos de direito administrativo mais adequados (dados os fins a serem perseguidos), o desenho de mecanismos de indução ou recompensa para certos comportamentos, o desenho de sanções, a seleção do tipo de norma a ser utilizada (mais ou menos flexível, mais ou menos estável, mais ou menos genérica) são exemplos de tópicos que surgem quando o direito é instrumentalizado, para pôr dada estratégia de ação em marcha.” (Ibidem, p. 196).

especialmente em relação à política de combate a cartéis. Neste caso, verifica-se que o direito foi instrumentalizado para “pôr dada estratégia de ação em marcha”.⁴²²

Tais resultados devem servir de incentivos ao CADE para que, por meio de suas decisões condenatórias a práticas de cartel, utilize o direito da concorrência como ferramenta,⁴²³ a fim de garantir ações estruturantes de combate aos cartéis em três eixos: administrativo, criminal e civil, conforme metas divulgadas pelo próprio órgão concorrencial.

Em síntese, esta pesquisa conseguiu vislumbrar algumas lacunas e inconsistências da legislação antitruste brasileira — e.g., quanto à forma de cálculo da vantagem auferida e quanto à aplicação da reincidência —, em relação às quais foram sugeridos novos estudos, acadêmicos ou não acadêmicos aplicados. Vislumbraram-se, também, alguns problemas com a sistemática de aplicação de penas às condutas de cartel clássico, notadamente em razão de o CADE não se basear em um método ou *guidelines* para nortear suas decisões, razão pela qual foi sugerida uma equação como ponto de partida para a construção de um eventual método. Ademais, foram propostos alguns estudos acerca das variáveis institucionais aqui estudadas, que possam vir a contribuir para a efetividade da análise e aplicação de penas pelo CADE — i.e., estudos envolvendo o tempo de análise de um processo que investiga conduta de cartel, bem como sobre o formato da norma aplicável à análise de conduta de cartel —, em atenção ao sucesso da política de combate a cartéis. Finalmente, foram salientados os aspectos positivos vislumbrados nesta pesquisa, como forma de incentivar o CADE a manter o aprimoramento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, assim como foram feitas sugestões, com vistas a sistematizar a jurisprudência — e.g., a elaboração de súmula com a definição de cartel clássico — e aperfeiçoar a política de combate a cartéis no Brasil — e.g., a consolidação de ações estruturantes nos três eixos: administrativo, criminal e civil.

O momento de finalizar esta pesquisa parece ser oportuno, em razão da mudança legislativa recente. Embora a lei de defesa da concorrência em vigor tenha consagrado avanços longamente esperados, face ao aprendizado do SBDC e à interface com as

⁴²² COUTINHO, Diogo R. Op. cit., p. 196.

⁴²³ Novamente, conforme a expressão utilizada por Coutinho.

melhores práticas internacionais, esta pesquisa lançou desafios internos e externos ao CADE, com vistas ao aprimoramento da política de combate a cartéis e, em última instância, a um sistema de pena efetivo. Dentre os desafios internos, pode-se mencionar o estabelecimento de regras claras sobre a conduta (i.e., as limitações, as implicações e as peculiaridades desse ilícito concorrencial) e o estabelecimento de punições bem definidas e com métodos sistemáticos de aplicação, tornando essa política mais transparente para fins dissuasórios. Quanto aos desafios externos, estes dizem respeito à importância de as autoridades estarem bem estruturadas para detectar, investigar e condenar cartéis, sendo imprescindível, para tanto, o fortalecimento e a coordenação institucional com as esferas jurídicas relacionadas.

A sistematização da jurisprudência do CADE tem relevância, sobretudo em razão de este órgão ser colegiado, considerando-se que o mandato limitado, temporalmente, de cada conselheiro pode prejudicar a evolução material, procedimental e institucional da jurisprudência. Assim, os métodos, impressos na forma de *guidelines*, podem ser uma alternativa útil ao CADE para que se evite esse tipo de desordem decisória, principalmente considerando-se que a alteração recente da lei de defesa da concorrência é uma boa oportunidade ao CADE para se ater ao aprimoramento de sua jurisprudência. Como visto, tais métodos não precisam dispor de uma fórmula capaz de prever o nível ótimo de determinada pena, pois esse papel caberá a eventuais estudos nesse sentido. A intenção é que os métodos garantam transparência e imparcialidade das decisões, tornando-a, no que for possível, menos desigual, além de uniformizarem a interpretação da conduta e proporcionarem racionalidade à aplicação da sanção.

Sem dúvida, qualquer método, por ser uma simplificação da realidade, pode ser criticado. Daí a necessidade de discricionariedade de um órgão judicante como o CADE, pois certo grau de liberdade ou manobras do aplicador do direito da concorrência é essencial para se buscar a melhor decisão para um caso concreto, principalmente em vista de circunstâncias particulares que a realidade impõe. Ainda que esta discricionariedade abra margens para liberdade interpretativa, não se deve confundir discricionariedade com o desrespeito ao direito positivo e aos princípios jurídicos preexistentes.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando H.; COUTINHO, Diogo R. A evolução da legislação antitruste no Brasil. **Revista de Concorrência e Regulação**, v. 2, n 7-8, , p. 139-159, jul./dez. 2011.

ALMUNIA, Joaquín. **Bathroom Fittings Cartel**. Bruxelas, 23 jun. 2010. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-335_en.htm>. Acesso em: 3 nov. 2013.

ARANOVICH, Tatiana C. Inovações na cooperação jurídica internacional para o CADE. **Revista de Defesa da Concorrência**, n. 1, p. 124-148, maio 2013.

BAKER, Donald I. **The EU Green Paper on Private Damage Actions**: a Ambitious Response to a Very Difficult Set of Practical and Philosophic Issues. Washington, DC, USA, 2005.

BAKER, Donald I. The use of criminal law remedies to deter and punish cartels and bid-rigging, **George Washington Law Review**, v. 69, n. 5-6, p. 693-705, 2001.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Origens do Direito da concorrência. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). **Comércio internacional e tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 535-557.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, SP: Russel, 2006.

BECKER, G. S. Crime and Punishment: an Economic Approach. **Journal of Political Economy**, n. 76, p. 169-217, 1968. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2013.

BIGONI, Maria et al. Fines, Leniency, Rewards and Antitrust: an Antitrust Experiments. **The RAND Journal of Economics**, v. 43, n. 2, p. 368-390, verão 2012.

BITENCOURT, C. R. **Manual de Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos da teoria do Direito. São Paulo: Manole, 2007.

BOLOTOVA, Yuliya V. Cartel Overcharges: an Empirical Analysis. **Journal of Economic Behavior & Organization**, n. 70, p. 321-341, 2009.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos.** Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?ce6fb17e828080da69eb42>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cade encerra exigência de exclusividade de médicos com Unimed em mais de 90 casos.** Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?6ec150d92be037fc0936065dea50>> Acesso em: 1 dez. 2013.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico. **Guia de combate a cartéis na revenda de combustíveis.** Brasília, 2009. Coleção SDE/DPDE n. 4/2009.

BRASIL;. Ministério da Justiça. **Estratégia Nacional de Combate a Cartéis.** Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7B87802C87-B7BE-4EAF-91DB-F5843CEB74F2%7D¶ms=itemID=%7B2AA1B152-B1A0-4501-8AF1-E2E46EB718DB%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 28 ago. 2013.

BUCCIROSSI, Paolo et al. **Competition Policy and Productivity Growth: an Empirical Assessment,** 2009. Disponível em: <<http://bibliothek.wzb.eu/pdf/2009/ii09-12.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

BUCCIROSSI, Paolo et al. Deterrence in Competition Law. **Governance and the Efficiency of Economic Systems (GESY).** Discussion Paper n. 285. 2009. Disponível em: <http://www.learlab.com/pdf/285_1254407400.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2013.

BUCCIROSSI, Paolo. **The Enforcement of Imperfect Rules,** 2010. Disponível em: <http://www.learlab.com/pdf/lear_rp_1_10_1283338320.pdf>. Acesso em: 07 set. 2013.

BUCCIROSSI, Paolo; SPAGNOLO, G. Optimal Fines in the Era of Whistleblowers: Should Price Fixers Still go to Prison? **Lear Research Paper,** n. 05-01, 12 dez. 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=871726>. Acesso em: 12 nov. 2013.

CALVANI, Terry. **Competition Penalties and Damages in a Cartel Context: Criminalisation and the Case for Custodial Sentences.** 28 abr. 2004. Disponível em: <[http://www.tca.ie/images/uploaded/documents/2004-06-28%20Speech%20\(T.C.\).pdf](http://www.tca.ie/images/uploaded/documents/2004-06-28%20Speech%20(T.C.).pdf)>. Acesso em 10 edz. 2013.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na sociedade complexa.** 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, Marcos Vinícius. **Concorrência, cooperação e desenvolvimento**: do falso dilema entre competição ou cooperação ao conceito de concorrência cooperativa. São Paulo: Singular. 2008.

CARVALHO, Vinícius Marques; MARTINS, Amanda A. L.; FONTANA, Bernardo B. Cartéis internacionais e defesa da concorrência no Brasil. **Revista do IBRAC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, n. 20, p.148-173, jul./dez. 2011.

CLARKE, Julian L.; EVENETT, Simon J. The Deterrent Effects of National Anticartel Laws: Evidence from the International Vitamins Cartel. **The Antitrust Bulletin**, inverno 2003, p. 689-726.

COMBE, Emmanuel; MONIER, Constance. **Fines Against Hard Core Cartels in Europe**: the Myth of Over Enforcement, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1431644>. Acesso em: 24 nov. 2013.

CONNOR, John M. **A critique of cartel fine discounting by the U.S. Department of Justice**, Draft: 31 mar. 2007. Disponível em: <http://www.agecon.purdue.edu/news/seminarfiles/Critique_Cartel_Fine_Discounting.pdf>. Acesso em 20 dez. 2013.

CONNOR, John M. Anti-Cartel Enforcement by the DOJ: an Appraisal. **The Competition Law Review**, v. 5, n. 1, p. 89-121, dez. 2008. Disponível em: <<http://www.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol5Iss1Art3Connor.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

CONNOR, John M. **Cartels and Antitrust Portrayed**: Private International Cartels from 1990 to 2008. 31 ago. 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1467310>. Acesso em: 10 edz. 2013.

CONNOR, John M. Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartels. **Journal of Industry, Competition and Trade**, v. 6, p. 195-223, 2006.

CONNOR, John M. Global Antitrust Prosecutions of Modern International Cartels. **Journal of Industry, Competition and Trade**. Kluwer Academic Publishers, v. 4, n. 3, p. 239-267, 2004.

CONNOR, John M. **Global Cartels Redux**: The Amino Acid Lysine Antitrust Litigation. 21 maio 1996. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1408070>. Acesso em 23 nov. 2013.

CONNOR, John M. Has the European Commission become more severe in punishing cartels? Effects of the 2006 Guidelines. **European Competition Law Review**, v. 32, n. 1, p. 27-36, 2011.

CONNOR, John M. **Recidivism Revealed: Private International Cartels 1990-2009**. 25 set. 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1688508>>. Acesso em: 15.11.2013.

CONNOR, John M.; BOLOTOVA, Yulija V. Cartel Overcharges: Survey and Meta-Analysis. **International Journal of Industrial Organization**, v. 24, 1 mar. 2005. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=788884. Acesso em: 23 nov. 2013.

CONNOR, John M.; LANDE, Robert H. Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines: 3 Issues in Competition Law and Policy. **ABA Section of Antitrust Law**, 16 out. 2008, p. 2203-2204. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1285455>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

CONNOR, John M.; LANDE, Robert H. How High Do Cartels Raise Prices: Implications for Reform of the Antitrust Sentencing Guideline. **Tulane Law Review**, v. 80; **American Antitrust Institute Working Paper**, n. 01-04. 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=787907>. Acesso em: 23 nov. 2013.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Eds.). **Política pública como campo disciplinar**. São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013.

CRANE, Daniel A. **The Institutional Structure of Antitrust Enforcement**. New York: Oxford University Press, 2011.

CURTIS, Mary E.; MCNALLY, John. The Classic Cartel: Hatchback Sentence? **The Competition Law Review**, v. 4, n. 1, p. 41-50, out. 2007.

DABBAH, Maher M. **The Internationalisation of Antitrust Policy**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2003.

DE, Oindrila. Analysis of Cartel Duration: Evidence from EC Prosecuted Cartels. **International Journal of the Economics of Business**, n. 17, p. 33-65, 2010. Disponível em: <http://www.tilburguniversity.edu/upload/9b583188-2b09-4911-974c-894b8ea90382_oindrila.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2013.

DIJK, Theon van; VERBOVEN, Frank. Quantification of damages: Forthcoming chapter for “**Issues in Competition Law and Policy**”. ABA Publications in Antitrust; W. Dale Collins (Ed.). Draft Version, subject to revision: 30 jun. 2005.

DUTRA, Pedro. **Conversando com o CADE**. São Paulo: Singular, 2009.

ESTADOS UNIDOS. Antitrust Criminal Penalty Enforcement and Reform Act of 2004, **Public Law**, n. 108-237, 118 Stat., p. 661-668.

ESTADOS UNIDOS. Antitrust Penalty Enhancement and Reform Act, **Public Law**, n. 109-279, Title II, 118 Stat. 665, 2004.

ESTADOS UNIDOS. Department of Justice. Antitrust Division. **International Competition Policy Advisory Committee: Final Report**, 2000. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/icpac/finalreport.html>>. Acesso em: 18 ago. 2013.

ESTADOS UNIDOS. Department of Justice. Antitrust Division. **Sherman Act Violations Yielding a Corporate Fine of \$10 Million or More**. disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/criminal/sherman10.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2013

ESTADOS UNIDOS. Federal Trade Commission. **Crisis Cartels**: Contribution from the United States. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/bc/international/docs/1102crisiscartels.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2013.

ESTADOS UNIDOS. Federal Trade Commission; Department of Justice. **Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors**, abr. 2000. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

ESTADOS UNIDOS. United States Sentencing Commission. **2011 Federal Sentencing Guidelines Manual**. Disponível em: <http://www.ussc.gov/Guidelines/2011_Guidelines/Manual_PDF/index.cfm>. Acesso em 20 dez. 2013.

ESTADOS UNIDOS. United States Sentencing Commission. **Amendments to the Sentencing Guidelines**. Disponível em: <http://www.ussc.gov/Legal/Amendments/Reader-Friendly/20130430_RF_Amendments.pdf>. Acesso em: 8 set. 2013.

ESTADOS UNIDOS. US Department of Justice. **Corporate Leniency Policy**, 10 ago. 1993. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0091.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2013.

FABRA, Natalia; MOTTA, Massimo. Antitrust Fines in Times of Crisis. **Discussion Paper Series**, n. 9.290. Centre for Economic Policy Research. 2013. Disponível em: <www.cepr.org/pubs/dps/DP9290.asp>. Acesso em: 10 jan. 2013.

FAGUNDES, Jorge Luiz S. S. **Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência**: eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste. São Paulo: Singular, 2003.

FERRARI, Eduardo F.; CRUSCIANO, Dalton T. A multa administrativa antitruste e a sua natureza de confisco pessoal. **Revista do IBRAC**, v. 16, n. 1, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. A Constituição Republicana de 1891. **Revista da USP**. São Paulo, v. 3, set./nov., 1989

FERREIRA DE SOUZA, J. **Unões de empresas concorrentes**: especies, liceidade, natureza jurídica. Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado (Biblioteca Wald. Ferreira). Rio de Janeiro, 1939.

FON, Vincy; PARISI, Francesco. On the Optimal Specificity of Legal Rules. **Journal of Institutional Economics**, v. 3, n. 2, p. 147-164, 2007.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FOSTER, Carroll B.; TROUT, Robert R.; GAUGHAN, Patrick A. Losses in Commercial Litigation. **Journal of Forensic Economics**, v. 6, n. 3, 1993.

FRAGOSO, João L. R. **Homens de grossa aventura**: acumulação e hierarquia na praça mercantil do Rio de Janeiro (1790-1830). 2. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

GALLO, Joseph C. et al. Department of Justice Antitrust Enforcement: 1955-1997: an Empirical Study. **Review of Industrial Organization**, n. 17, p. 75-133, 2000.

GARNER, Bryan A. **Black's Law Dictionary**. 9. ed., St. Paul, MN, USA: Thomson Reuters, 2009.

GERBER, David J. **Global Competition**: Law, Markets, and Globalization. New York: Oxford University Press, 2010.

GICO JUNIOR, Ivo T. **Cartel**: teoria unificada da colusão. São Paulo: Lex, 2007.

GILBERTO, A. M. **O processo administrativo sancionador**: aspectos processuais na repressão das infrações à concorrência no Brasil. São Paulo: Lex, 2010.

GINSBURG, Douglas H.; WRIGHT, Joshua D. Antitrust Sanctions. **Competition Policy International**, v. 6, n. 2, p. 3-39, outono 2010.

GOLDBERG, Daniel Krepel. **Poder de compra e política antitruste**. São Paulo: Singular, 2006.

HAMMOND, Scott D. The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades. 25 FEV. 2010. In: ABA CRIMINAL JUSTICE SECTION; THE ABA CENTER FOR CONTINUING LEGAL EDUCATION. **24th Annual National Institute on White Collar Crime**. Miami, Florida, 2010. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Hammond_Evolution_of_Criminal_Antitrust_Enforcement_Over_the_Last_Two_Decades_Feb2010.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2013.

HARRINGTON JUNIOR, Joseph E. Behavioral Screening and the Detection of Cartels. **European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels**, Oxford, UK: Hart, 2007. Disponível em: <<http://www.econ2.jhu.edu/People/Harrington/Florence.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2013.

HARRINGTON JUNIOR, Joseph E. Modelling the Birth and Death of Cartels with an Application to Evaluating Antitrust Policy. **Journal of the European Economic Association**, v. 7, n. 6, p. 1.400-1.435, dez. 2009.. Disponível em: <<http://www.econ2.jhu.edu/People/Harrington/jeea09.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

HEIMLER, Alberto; MEHTA, Kirtikumar. Violations of Antitrust Provisions: the Optimal Level of Fines for Achieving Deterrence. **World Competition**, v. 35, n. 1, p. 103-119, 2012.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and Its Practice**. 3. ed., St. Paul, MN, USA: Thomson/West, 2005.

HOVENKAMP, Herbert. **The Antitrust Enterprise: Principles and Execution**. Cambridge, UK: Harvard University Press, 2008.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **Co-operation Between Competition Agencies in Cartel Investigations**. Report to the ICN Annual Conference, Moscou, maio, 2007. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2007. Disponível em: <http://en.fas.gov.ru/netcat_files/Analitical%20materials/MKS/Report%20on%20Co-operation%20between%20competition%20agencies%20in%20cartel%20investigations.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2013.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Defining Hard Core Cartel Conduct: Effective Institutions: Effective Penalties. In: ICN WORKING GROUP ON CARTELS. **ICN 4th Annual Conference**. Bonn, Germany, jun. 2005.

KESSLER, Daniel; LEVITT, Steven D. Using Sentence Enhancements to Distinguish Between Deterrence and Incapacitation. **National Bureau of Economic Research Working Paper**, n. 6.484. Cambridge, UK, 1998. Disponível em: <<http://pricetheory.uchicago.edu/levitt/Papers/KesslerLevitt1999.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

KHAN, Aaron. Rethinking Sanctions for Breaching EU Competition Law: Is Director Disqualification the Answer? **World Competition**, v. 35, n. 1, p. 77-102, 2012.

KOBAYASHI, Bruce H. Antitrust, Agency and Amnesty: an Economic Analysis of the Criminal Enforcement of the Antitrust Laws Against Corporations. **George Washington Law Review**, v. 69, n. 5-6, p. 715-744, out./dez. 2001.

LANDE, Robert H. Five Myths about Antitrust Damages. **University of San Francisco Law Review**, v. 40, 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1263478>. Acesso em: 16 nov. 2013.

LAZZARINI, Sérgio G. **Capitalismo de laços**: os donos do Brasil e suas conexões. São Paulo: Elsevier, 2010.

LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. Contemporary International Cartels and Developing Countries: Economic Effects and Implications for Competition Policy. **Antitrust Law Journal**, v. 71, n. 3, p. 801-852, 2004. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/40843605>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. The Changing International Status of Export Cartels Exemption. **American University International Law Review**, v. 20, n. 3; **Ross School of Business Paper**, n. 897, 2004. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=618201>. Acesso em 10 dez. 2013.

MAGALHÃES, Paulo Germano. **A nova liberdade**: combate aos trustes e cartéis. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1965.

MAGGI, Bruno Oliveira. **O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil**. 2010. 233 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. São Paulo: Singular, 2013.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**: interface entre Direito Administrativo e Criminal. Tese (Doutorado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

MATEUS, Abel M. Competition and Development: Towards an Institutional Foundation for Competition Enforcement. **World Competition**, v. 33, n. 2, 2010.

MCGOWAN, Lee. **The Antitrust Revolution in Europe**: Exploring the European Commission's Cartel Policy. Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2010.

MILLER, Nathan H. Strategic Leniency and Cartel Enforcement. **American Economic Association Review**, v. 99, n. 3, p. 750-768, 2009.

MIURA, Maira Yuriko Rocha. **Os cartéis de exportação na ordem jurídica brasileira**: uma visão de Direito Comercial. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, São Paulo, 2010.

MONTI, Mario. **Fighting Cartels**: Why and How? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour? In: III NORDIC COMPETITION POLICY CONFERENCE. Stockholm, 11-12 set. 2000 Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-00-295_en.htm>. Acesso em: 12 nov. 2013.

MOTTA, Massimo. On Cartel Deterrence and Fines in the European Union. **European Competition Law Review**, v. 29, n. 4, p. 209-220, 2008.

MOTTA, Maximo. **Competition Policy**: Theory and Practice. Cambridge, UK: Cambridge Press, 2004.

NIKPAY, Ali. **UK Cartel Enforcement**: Past, Present, Future: Speech to the Law Society Anti-Trust Section. 11 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.oft.gov.uk/news-and-updates/speeches/2012/1112#.UiyIsdI3uSo>>. Acesso em: 8 set. 2013.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Fighting Hard Core Cartels**: Harm, Effective, Sanctions and Leniency Programmes, 2002. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>> Acesso em 20 dez. 2013.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Recommendations & Best Practices**: Recommendation of the Council Concerning Effective Action against Hard Core Cartels, 1998.

PARKER, Christine. The war on cartels and the social meaning of deterrence. **Regulation & Governance**, v. 7, n. 2, p. 174-194, jun. 2013. doi:10.1111/j.1748-5991.2012.01165.x.

PFEIFFER, Roberto A. C. O papel das associações de classe na coordenação de condutas comerciais uniformes: a experiência do sistema brasileiro de Defesa da Concorrência. **Revista de Direito da Concorrência**. Brasília: IOB; CADE, n. 1 jan./mar, 2004.

POLINSKY, A. Mitchell; RUBINFELD, Daniel L. A Model of Optimal Fines for Repeat Offenders. **NBER Working Papers Series**. Cambridge, UK: National Bureau of Economic Research, n. 3.739, 1991. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w3739>>. Acesso em: 12 out. 2013.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. The economic theory of public enforcement of law. **NBER Working Paper Series**. Cambridge, UK: National Bureau of Economic Research, n. 6.993, 1999. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w6993.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2013.

POSSAS, Mário Luiz et al. **Ensaio sobre Economia e Direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002.

REINO UNIDO. Federal Trade Commission. **FTC and Department of Justice Amicus Curiae Brief in Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc. Concerning Vertical Minimum Resale Price Maintenance Agreements**. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/2007/01/070122Leegin06-480amicusPDC.pdf>>. Acesso em 20 dez. 2013.

REINO UNIDO. Office of Fair Trade. **A Guide to the OFT's Investigation Procedures in Competition Cases**. Disponível em: <http://www.offt.gov.uk/shared_offt/policy/OFT1263rev>. Acesso em: 7 set. 2013.

REINO UNIDO. Office of Fair Trade. **Competition Act 1998 Procedures Guidance**. Disponível em: <<http://www.offt.gov.uk/about-the-offt/legal-powers/legal/competition-act-1998/ca98-procedures-guidance#.UivZX9I3uSo>>. Acesso em: 7 set. 2013.

REINO UNIDO. Office of Fair Trade. **Director Disqualification Orders in Competition Cases**. Disponível em: <http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/enterprise_act/offt510.pdf>. Acesso em: 7 set. 2013.

REINO UNIDO. Office of Fair Trade. Drivers of Compliance and Non-compliance with Competition Law. **OFT Report**, n. 1.227, maio 2010. Disponível em: <http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/comp_policy/offt1227.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2013.

REINO UNIDO. Office of Fair Trade. **Enforcement**. Disponível em: <http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/ca98_guidelines/offt407.pdf>. Acesso em: 7 set. 2013.

REINO UNIDO. Office of Fair Trade. **OFT's Guidance as to the Appropriate Amount of a Penalty**. Disponível em: <http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/ca98_guidelines/oft423.pdf>. Acesso em: 7 set. 2013.

REINO UNIDO. Office of Fair Trade. **Powers of Investigation**. Disponível em: http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/ca98_guidelines/oft404.pdf. Acesso em: 7 set. 2013.

REINO UNIDO. The Deterrent Effect of Competition Enforcement by the OFT. **OFT Report**, n. 962, nov. 2007. Disponível em: <http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/Evaluating-OFTs-work/oft962.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2013.

REINO UNIDO. The National Archives. **Competition Act 1998**. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/41/contents>>. Acesso em: 07 set. 2013.

REINO UNIDO. The National Archives. **Enterprise Act 2002**. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/40/contents>>. Acesso em: 07.09.2013.

ROMANIELO, Enrico S.; DE PAULA, Germano M. Política antitruste e governança corporativa no Brasil: programas de compliance como boas práticas de governança. **Revista do IBRAC**, n. 20, p. 265-307, 2011.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena**: conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009

SCHAUER, Frederic. **Playing by the Rules**: a Philosophical Examination of Rule-based Decision Making in Law and Life. Oxford, UK: Oxford University Press, 1991.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Ilícito antitruste e os acordos entre concorrentes. In: POSSAS, Mario Luiz (Coord.). **Ensaio sobre Economia e Direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Quando o bom é o melhor amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a política da concorrência. **Revista de Direito Administrativo**, v. 1, p. 96-127, 2007.

SHAVELL, Steven. The Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent. **American Economic Review**. Nashville, v. 77, n. 4, p. 584-592, 1987. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/77_Amer_Econ_Rev_584.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2013.

SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do poder econômico**: Direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

SMITH, Adam. **Uma investigação sobre a natureza e causas da riqueza das nações**. 2. ed., São Paulo: Hemus, 1981.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO. **Revisão judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)**: pesquisa empírica e aplicada sobre os casos julgados pelos Tribunais Regionais Federais (TRFs), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF). Belo Horizonte. Editora Fórum. 2011.

STEPHAN, Andreas. Survey of Public Attitudes to Price-Fixing and Cartel Enforcement in Britain. **The Competition Law Review**, v. 5, n. 1, p. 123-145, dez. 2008.

STEPHAN, Andreas. The Bankruptcy Wildcard in Cartel Cases. **Centre for Competition Policy Working Paper**, n. 06-5; **Journal of Business Law**, p.511-534, ago. 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=912169>. Acesso em 10 dez. 2013.

STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. **Introdução à Microeconomia**. Rio de Janeiro: Campus, 2003. Tradução da 3. ed. norte-americana.

STUCKE, Maurice E. Am I a Price-Fixer? A Behavioral Economics Analysis of Cartels. **University of Tennessee Legal Studies Research Paper**, n. 97, 2010. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1535720>. Acesso em: 24 nov. 2013.

TAVARES, Mariana. A proteção dos documentos de leniência no âmbito de ações de indenização por violação das regras de concorrência na União Europeia. **Revista de Defesa da Concorrência**, n. 2, p. 32-44, nov. 2013.

TYLER, T. R. **Why People Obey the Law**. New Jersey, USA: Princeton University Press, 2006.

UNIÃO EUROPEIA. Commission of the European Communities. **Green Paper**: Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, 19 dez. 2005. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2005/com2005_0672en01.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. Commission of the European Communities. **White Paper on Damages Actions for breach of the EC antitrust rules**, 2 abr. 2008.

UNIÃO EUROPEIA. European Commission. 1996 Commission Notice on the Non-imposition or Reduction of Fines in Cartel Cases. **Official Journal**, C 207, 18 jul. 1996, p. 4-6. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html>. Acesso em: 20 dez. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. European Commission. 1998 Guidelines on the Method of Setting Fines Imposed Pursuant to Article 15 (2) of Regulation No 17 and Article 65 (5) of the ECSC Treaty fines. **Official Journal**, C 9, 14.01.1998, p. 3-5. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/fines.html>>. Acesso em: 2 set. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. European Commission. 2002 Commission Notice on Immunity from Fines and Reduction of Fines in Cartel Cases. **Official Journal**, C 45, 19 fev. 2002, p. 3-5. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html>. Acesso em: 20 dez. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. European Commission. 2006 Commission notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases. **Official Journal**, C 298, 8 dez. 2006, p. 17. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html>. Acesso em: 15 set. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. European Commission. 2006 Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003. **Official Journal**, C 210, 1.09.2006, p. 2-5. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/fines.html>>. Acesso em: 2.09.2013.

UNIÃO EUROPEIA. European Commission. **Cartel Statistics**. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. European Commission. **Proposal for a Directive of the European Parliament And of the Council on Certain Rules Governing Actions for Damages Under National Law for Infringements of the Competition Law Provisions of the Member States and of the European Union**. Strasbourg, 11 jun. 2013. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:EN:PDF>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. European Commission. **Thirteenth Report on Competition Policy**. Disponível em: <http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=CB3883823>. Acesso em: 03 set. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. European Competition Commission. **Compliance Matters: What Companies can do Better to Respect EU Competition Rules**. Bélgica, nov. 2011.

UNIÃO EUROPEIA. Orientação para o cálculo das coimas aplicadas por força do n. 2, alínea a), do artigo 23º do Regulamento (CE) n. 1/2003. **Jornal Oficial da União Europeia**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:210:0002:0005:PT:PDF>>. Acesso em: 2 set. 2013.

VAZ, Isabel. **Direito Econômico da concorrência**. Rio de Janeiro, Forense, 1993.

VELJANOVSKI, Cento. Cartel Fines in Europe: Law, Practice and Deterrence. **World Competition**, v. 29, p 1-30, mar. 2007.

VELJANOVSKI, Cento. Deterrence, Recidivism and European Cartel Fines. **Journal of Competition Law and Economics**, v. 7, n. , p. 871-915, nov. 2011. Disponível em: <<http://jcle.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/nhr017?ijkey=ROWdSdBHITzFmfr&keytype=ref>>. Acesso em: 16 nov. 13

WERDEN, Gregory J. et al. Deterrence and Detection of Cartels: Using all the tools and sanctions. In: ABA CENTER FOR CONTINUING LEGAL EDUCATION. **The 26th Annual National Institute on White Collar Crime**, mar. 2012. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/283738.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

WHISH, Richard; BAILEY, David. **Competition Policy**. 7. ed., Oxford, UK: Oxford University Press, 2012.

WILS, Wouter P. J. Is Criminalization of EU Competition Law the Answer? **World Competition**, v. 28, n. 2, p. 117-159, jun. 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=684921> Acesso em 20 dez. 2013.

WILS, Wouter P. J. Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice. **World Competition**, v. 29, n. 2, jun. 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=883102>. Acesso em: 20 dez. 2013.

WILS, Wouter P. J. Recidivism in EU Antitrust Enforcement: a Legal and Economic Analysis. **World Competition**, v. 35, n. 1, p. 5-26, mar. 2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1957088>. Acesso em: 20 dez. 2013.

WILS, Wouter P. J. The European Commission's 2006 Guidelines on Antitrust Fines: a Legal and Economic Analysis. **World Competition**, v. 30, n. 2, jun. 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=962654>. Acesso em: 3 set. 2013.

WILS, Wouter P. J. The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review and the European Convention on Human Rights. **World Competition**, v. 33, n. 1, p. 5-29, mar. 2010. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1492736>. Acesso em: 20 dez. 2013.

APÊNDICES

APÊNDICE I - Acordos e Trabalhos Multilaterais de Organizações Internacionais

Organização/Acordo	Membros/Partes	Detalhes
<i>European Competition Authorities</i> – ECA (Autoridades de Concorrência da Europa)	As partes são: os membros da Área Econômica da Europa (<i>European Economic Area - EEA</i>); os membros da Autoridade de Fiscalização da Associação de Livre Comércio da Europa (<i>EFTA Surveillance Authority</i>), e a Comissão Europeia. EFTA é composta por Islândia, Liechtenstein, Noruega e Suíça.	A ECA é um fórum de discussão das autoridades de concorrência dos Estados Membros pertencentes à EEA, à Comissão Europeia e à <i>EFTA Surveillance Authority</i> . Em abril de 2001, foram estabelecidos os objetivos para melhorar a cooperação entre as autoridades de concorrência e suas respectivas regras. A cooperação envolve a troca de informações, consultas, coordenação de investigação, inspeção em nome de outra autoridade concorrencial e discussões sobre o curso da ação proposta. A ECA se baseia em mecanismos de cooperação informal. A cooperação é desenvolvida, entre outras coisas, por meio da organização de reuniões, grupos de trabalho e troca de informações e experiências.
<i>European Competition Network</i> – ECN (Rede de Concorrência da Europa)	A Comissão Europeia e todas as autoridades de concorrência dos Estados Membros da Europa.	A Comissão Europeia e as autoridades de concorrência nacionais de todos os Estados Membros da União Europeia cooperam entre si por meio da ECN.
<i>The EFTA Surveillance Authority Notice on Cooperation</i> (Comunicado de Cooperação da EFTA)	EFTA.	O Comunicado de Cooperação da EFTA estabelece, dentro da rede EFTA das autoridades de concorrência, princípios de alocação de casos onde os artigos 53 e 54 do Acordo do EEA são aplicados, assim como mecanismos de cooperação visando à alocação de casos e assistência (e.g. troca e uso de informações). Em relação aos casos que afetam o mercado da Comissão Europeia e da EFTA, há cooperação entre ambas.
<i>International Competition Network</i> – ICN (Rede Internacional de Concorrência)	A lista completa de todos os membros da ICN pode ser encontrada no endereço eletrônico: www.internationalcompetitionnetwork.org/members	A ICN foi criada em 2001 como uma rede virtual de autoridades de concorrência ao redor do mundo em que as autoridades poderiam discutir a prática da política de concorrência uns com os outros, por meio de seminários, a fim de desenvolver suas respectivas leis de concorrência.
Mercosul	Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.	Mercosul é um acordo regional de livre comércio entre suas partes e dispõe sobre mecanismos de cooperação e troca de informações entre autoridades nacionais e transnacionais, envolvendo assuntos de concorrência.
<i>Nordic Agreement on Competition Matters</i> (Acordo Nórdico de Assuntos de Concorrência)	Dinamarca, Islândia, Noruega e Suécia.	O Acordo Nórdico de Assuntos de Concorrência foi assinado em 2001 e dispõe sobre notificação de informações em relação aos casos de interesses e sobre troca de informações não confidenciais e confidenciais entre os signatários. Quando a informação confidencial é trocada, o acordo determina obrigação de sigilo à autoridade receptora e restrições no uso e distribuição dessa informação.
<i>Organisation for Economic Cooperation and Development</i> – OECD (Organização	A lista completa de todos os membros da OCDE pode ser encontrada no endereço eletrônico: http://www.oecd.org/about/me	A OCDE é o principal fórum para acompanhamento e avaliação de desenvolvimento e tendências econômicas de seus 30 países membros. Em 1998 A OCDE iniciou um programa anti-cartel com a adoção do

para Cooperação do Desenvolvimento Econômico - OCDE)	membersandpartners/	documento “ <i>Council Recommendation Concerning Effective Action against Hard Core Cartels</i> ” (Recomendação do Conselho relativo às medidas eficazes contra os Cartéis Clássicos). A OCDE então publicou um relatório em 2000, 2002 e 2005, para a implementação das recomendações de 1998.
<i>United Nations Conference on Trade and Development - UNCTAD</i> (<i>Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e o Desenvolvimento</i>)	A lista completa de todos os membros da UNCTAD pode ser encontrada no endereço eletrônico: http://unctad.org/en/Pages/About%20UNCTAD/UNCTADs-Membership.aspx	A UNCTAD atua no fornecimento de assistência técnica e capacitação de seus membros, especialmente países em desenvolvimento. Também atua na advocacia da concorrência e estudos de condutas anticompetitivas. Cada ano a UNCTAD hospeda o Grupo Intergovernamental de especialistas da política de defesa da concorrência, o que dá aos representantes a oportunidade de consultá-los sobre questões de concorrência de interesse comum, no que tange à troca informal de experiências e melhores práticas.

Fonte: Dabbah, 2003

APÊNDICE II - Análise jurisprudencial das penas efetivamente aplicadas pelo CADE

Quadro 1 – Percentual do art. 23, I, e do art. 37, I

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento ⁴²⁴	Percentual do artigo 23, I; ou do artigo 37, I	
		Qual foi o percentual imposto?	Qual a justificativa para imposição desse percentual?
1. 08000.015337/1997-48	27.10.1999	1%.	A aplicação da pena mínima se baseou nos seguintes argumentos: primeiro cartel julgado pelo CADE; o reflexo da intervenção governamental na indústria, por meio do controle de preços; com vistas a evitar eventuais dificuldades trazidas pela imposição de pena elevada, ao funcionamento eficiente do mercado e da concorrência. Por outro lado, foi enfatizado que seria cabível a pena máxima, em vista da gravidade da infração; da importância do setor para o mercado em geral e consumidores; e do porte econômico das empresas.
2. 08012.009118/1998-26	27.06.2001	1%.	Não há.
3. 08012.002299/2000-18	27.03.2002	10% ⁴²⁵ .	Não há.
4. 08012.004036/2001-24	23.07.2003	15% ⁴²⁶ .	A justificativa se baseou na estimativa de vantagem auferida; no período de duração da prática; nas circunstâncias agravantes e atenuantes do art. 27; e na necessidade de desestimular condutas semelhantes no futuro.
5. 08012.000677/1999-70	09.09.2004	1% no mercado relevante.	A justificativa se baseou nos incisos I, V e VI do art. 27 e no fato de se tratar de uma situação de mercado particular, em virtude da rápida desvalorização do real de 1999, em que muitas empresas passaram por dificuldades financeiras.
6. 08012.002097/1999-81	09.03.2005	1% no mercado relevante.	A justificativa se baseou nos incisos I, IV, V e VII do art. 27.
7. 08012.009088/1999-48	13.10.2005	1% e 2% (para a líder).	A justificativa se baseou na liderança e como atenuantes, a não consumação da infração e ausência de efeitos negativos no mercado (incisos IV e VI, do art. 27).
8. 08012.002127/2002-14	13.07.2005	15% e 20% ⁴²⁷ (o CADE deferiu o pedido	A justificativa para impor 15% e 20% levou em conta a participação no

⁴²⁴ Esta data não leva em conta o julgamento de eventuais recursos administrativos.

⁴²⁵ Além das pessoas jurídicas, houve condenação de pessoas físicas e do sindicato representado.

⁴²⁶ Além das pessoas jurídicas, houve condenação de pessoas físicas e do sindicato representado.

⁴²⁷ Além das pessoas jurídicas, houve condenação do sindicato representado.

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento ⁴²⁴	Percentual do artigo 23, I; ou do artigo 37, I	
		Qual foi o percentual imposto?	Qual a justificativa para imposição desse percentual?
		de revisão de duas Representadas ⁴²⁸ , no sentido de adequar o valor de 20% ao faturamento no mercado relevante e não no faturamento global, em atenção ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade).	Comitê Gestor do cartel, ou seja, aquelas Representadas que possuíam papel de coordenação do cartel. Ademais, esses percentuais foram justificados com base nos seguintes incisos do art. 27: gravidade de infração, uma vez que se tratou de cartel clássico (inciso I); má-fé das Representadas (inciso II); consumação da infração (inciso IV); e a grave lesão à concorrência advinda da formação do cartel (inciso V).
9. 08012.004086/2000-21	23.09.2005	7%.	A justificativa se baseou nos seguintes incisos do art. 27: gravidade de infração (inciso I); má-fé das Representadas (inciso II); a vantagem pretendida, fundamentada no fato de que “as representadas buscaram impedir as concorrências postas pelas demais” (inciso III); consumação da infração (inciso IV); o grau de lesão aos consumidores (inciso V); e a situação econômica das Representadas (inciso VII).
10. 08012.000099/2003-73	22.02.2006	1%, 5% e 6%.	A justificativa da aplicação de cada um dos percentuais se baseou nos tipos de condutas imputadas a cada Representada, quais sejam: formação de cartel para fixação de preços (art. 20, I e II c/c art. 21, I) e criação de dificuldades à criação, funcionamento e ao desenvolvimento de empresa concorrente no mercado e limitação do acesso de novas empresas no mercado (art. 20, I e II c/c art. 21, I, IV e V). Ademais, apenas mencionou o art. 27.
11. 08012.007602/2003-11	17.01.2007	5%, 7% e 9% ⁴²⁹ .	A justificativa se baseou nos seguintes incisos do art. 27: gravidade de infração (inciso I); e consumação da infração (inciso IV); o grau de lesão à concorrência e aos consumidores (inciso V).
12. 08012.004599/1999-18	11.04.2007	10%, 15% e 20%.	A justificativa se baseou na liderança; no espectro de vitaminas exportadas para o Brasil por cada Representada; e nos seguintes incisos do art. 27: gravidade da infração (inciso I); vantagem auferida (inciso III), grau de lesão (inciso V); e situação econômica do infrator (inciso VII).
13. 08012.001826/2003-10	19.09.2007	15% e 20% ⁴³⁰ .	A justificativa se baseou na liderança e nos seguintes incisos do art. 27: gravidade de infração (inciso I); e consumação da infração (inciso IV); o grau de lesão à concorrência e aos consumidores (inciso V).
14. 08012.002493/2005-16	28.11.2007 (TCC)	5% ⁴³¹ no mercado relevante.	A justificativa se baseou em circunstâncias atenuantes: menor gravidade da

⁴²⁸ Embu S.A. Engenharia e Comércio e Holcim S.A..

⁴²⁹ Além das pessoas jurídicas, houve condenação de pessoas físicas.

⁴³⁰ Além das pessoas jurídicas, houve condenação de pessoas físicas e a associação representada.

⁴³¹ Além das pessoas jurídicas, houve condenação de pessoas físicas.

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento ⁴²⁴ (nesta data)	Percentual do artigo 23, I; ou do artigo 37, I	
		Qual foi o percentual imposto?	Qual a justificativa para imposição desse percentual?
			infração comparada às condutas já analisadas pelo SBDC, que envolveram condutas bem organizadas e de longa duração; e a definição coordenada de um sistema unificado de classificação de carcaças, o qual pode ser justificado por razões de eficiência.
15. 08012.006019/2002-11	09.07.2008	1% ⁴³² .	A justificativa se baseou em duas atenuantes: o momento regulatório que criou incentivos ao conluio; e a instabilidade do conluio e ausência de institucionalidade da conduta.
16. 08012.000283/2006-66	17.12.2008	17,5%, 20% e 22,5% ⁴³³ .	A justificativa considerou o fato de a conduta ser um cartel clássico; bem como considerou circunstâncias agravantes (liderança, consumação, continuidade da infração, contratação da consultoria externa); e atenuantes (situação econômica da empresa), conforme previsto no art. 27.
17. 08012.006241/1997-03	07.10.2009	1% e 1,5% ⁴³⁴ .	A justificativa da diferença de percentual imposto se baseou no grau de envolvimento das empresas na conduta. No voto do Relator, houve menção a não caracterização de má-fé, já que algumas Representadas desconheciam a lei.
18. 08012.009888/2003-70	01.09.2010	10%, 25% e 50% ⁴³⁵ .	A justificativa se baseou na gravidade da infração, no grau de envolvimento das empresas no ilícito, na ausência de cooperação e na reincidência. Ademais, houve análise de todos os incisos do art. 27.
19. 08012.005495/2002-14	14.09.2011	15% e 17% ⁴³⁶ .	A justificativa se baseou nos seguintes fatos: trata-se de um cartel clássico, cuja gravidade é presumida; precedentes do CADE; proporcionalidade e razoabilidade; dissuasão; e no grau de má-fé das Representadas. Ademais, houve análise de todos os incisos do art. 27.
20. 08012.004702/2004-77	09.05.2012	Percentual confidencial ⁴³⁷ . A SDE recomendou punição máxima e em declaração do Conselheiro Ruiz, no voto no âmbito do PA n. 08012.011027/2006-	A justificativa se baseou nos seguintes fatos: trata-se de um cartel clássico, cuja gravidade é presumida; precedentes do CADE; proporcionalidade e razoabilidade; e dissuasão. Ademais, houve análise de todos os incisos do art. 27.

⁴³² Além das pessoas jurídicas, houve condenação de pessoas físicas.

⁴³³ Além das pessoas jurídicas, houve condenação da consultoria contábil, que auxiliou na constituição e cumprimento do cartel, cuja atuação é conhecida como “*hub and spoke*”.

⁴³⁴ Além das pessoas jurídicas, houve condenação de pessoas físicas e da associação representada.

⁴³⁵ Além das pessoas jurídicas, houve condenação de pessoas físicas.

⁴³⁶ Além das pessoas jurídicas, foram condenadas pessoas físicas.

⁴³⁷ Além das pessoas jurídicas, foram condenadas pessoas físicas.

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento ⁴²⁴	Percentual do artigo 23, I; ou do artigo 37, I	
		Qual foi o percentual imposto?	Qual a justificativa para imposição desse percentual?
		02, confirmou-se a aplicação de 30%.	
21. 08012.010215/2007-96	06.03.2013	15% e 17% no ramo de atividade, exceto para uma Representada foi aplicado faturamento total (Lei n. 12.529/2011) ⁴³⁸ .	A justificativa se baseou na liderança, na liderança secundária e na ausência de liderança. Ademais, considerou-se o fato de se tratar de cartel clássico e houve análise de todos os incisos do art. 45.
22. 08012.004472/2000-12	06.03.2013	15% no ramo de atividade (Lei n. 12.529/2011). ⁴³⁹	A justificativa foi a gravidade do cartel e houve análise de todos os incisos do art. 45.
23. 08012.001003/2000-41	06.03.2013	15% e às demais representadas pessoas jurídicas não foi possível aplicar o percentual do art. 37, I da Lei n. 12.529/2011, aplicando-se o art. 23, III, conforme justificativas do voto da Relatora. ⁴⁴⁰	A justificativa se baseou na gravidade do ilícito de cartel, bem como houve análise de todos os incisos do art. 27.
24. 08012.003745/2010-83	20.03.2013	Não se aplica. Foi aplicado o art. 23, III, como penalidade.	A justificativa se baseou nos seguintes fatos: trata-se de um cartel clássico; as sanções devem ser proporcionais e razoáveis, bem como foi mencionado o caráter dissuasório das sanções. Houve análise de todos os incisos do art. 27.
25. 08012.004039/2001-68	22.05.2013	Não se aplica. Foi aplicado o art. 23, III, como penalidade. ⁴⁴¹	A justificativa se baseou na análise dos incisos do art. 27, bem como foi levada em conta a situação econômica das Representadas, que são empresas de pequeno porte.
26. 08012.004573/2004-17*	19.06.2013	15% ⁴⁴² (Lei n. 12.529/2011).	A justificativa se baseou no fato de se tratar de um cartel, bem como houve análise dos incisos do art. 45.
27. 08012.007149/2009-39*	19.06.2013	Não se aplica, pois foram condenadas apenas pessoas físicas.	A justificativa se baseou no fato de se tratar de um cartel, bem como houve análise dos incisos do art. 45.
28. 08012.011027/2006-02	28.08.2013	Percentual restrito. Foi divulgado apenas os valores em Reais da multa, aplicada sob a Lei n. 12.502/11 e no ramo de atividade. ⁴⁴³	A justificativa se baseou nos seguintes fatos: trata-se de cartel; progressão de percentuais com base na jurisprudência; as sanções devem ser proporcionais e razoáveis, bem como foi mencionado o caráter dissuasório das sanções. Houve análise de todos os incisos do art. 45.
29. 08012.011668/2007-30	23.10.2013	13% e a 15% no ramo de atividade (Lei	A justificativa se baseou no fato de se tratar de um cartel, bem como houve

⁴³⁸ Além das pessoas jurídicas, foram condenadas pessoas físicas.

⁴³⁹ Além das pessoas jurídicas, foram condenadas pessoas físicas.

⁴⁴⁰ Além das pessoas jurídicas, foram condenadas pessoas físicas e a associação representada.

⁴⁴¹ Além das pessoas jurídicas, foram condenadas pessoas físicas.

⁴⁴² Outras pessoas jurídicas foram condenadas com base no art. 23, III, da Lei n. 8.884/1994.

⁴⁴³ Além das pessoas jurídicas, foram condenadas pessoas físicas.

N° do Processo Administrativo	Data do Julgamento ⁴²⁴	Percentual do artigo 23, I; ou do artigo 37, I	
		Qual foi o percentual imposto?	Qual a justificativa para imposição desse percentual?
		n. 12.529/2011). Também foi aplicado o art. 23, III, da Lei n. 8.884/1994, para as Representadas que não se enquadraram nos critérios do art. 37, I, da Lei n. 12.529/2011. ⁴⁴⁴	análise dos incisos do art. 45.

*Tais processos foram analisados e decididos conjuntamente.

⁴⁴⁴ Além das pessoas jurídicas, foram condenadas pessoas físicas.

Quadro 2 – Caráter dissuasório

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento ⁴⁴⁵	Caráter Dissuasório		
		O CADE, em alguma etapa da formulação da pena, considera a dissuasão como fundamento para fins de aumento do percentual aplicado para o cálculo da multa?	Como?	O CADE se preocupa com os critérios de formulação da pena ou é influenciado pelo valor da pena aplicada em outra jurisdição?
1. 08000.015337/1997-48	27.10.1999	Não. Apenas, mencionou que a lei antitruste objetiva o caráter repressivo e preventivo da punição.	Não se aplica.	Não se aplica.
2. 08012.009118/1998-26	27.06.2001	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
3. 08012.002299/2000-18	27.03.2002	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
4. 08012.004036/2001-24	23.07.2003	Não. Apenas, mencionou a necessidade de quantificar a multa de tal forma que se desestimule condutas semelhantes no futuro.	Não se aplica.	Não se aplica.
5. 08012.000677/1999-70	09.09.2004	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
6. 08012.002097/1999-81	09.03.2005	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
7. 08012.009088/1999-48	13.10.2005	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
8. 08012.002127/2002-14	13.07.2005	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
9. 08012.004086/2000-21	23.09.2005	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
10. 08012.000099/2003-73	22.02.2006	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
11. 08012.007602/2003-11	17.01.2007	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
12. 08012.004599/1999-18	11.04.2007	Não.	Não se aplica.	Sim, o CADE considerou apenas a condenação da empresa líder em outras jurisdições. ⁴⁴⁶
13. 08012.001826/2003-10	19.09.2007	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
14. 08012.002493/2005-16	28.11.2007 (TCC nesta data)	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
15. 08012.006019/2002-11	09.07.2008	Não. Apenas, mencionou o caráter educativo-coercitivo da punição.	Não se aplica.	Não se aplica.
16. 08012.000283/2006-66	17.12.2008	Não. Apenas, mencionou o efeito punitivo e inibitório da punição.	Não se aplica.	Não se aplica.
17. 08012.006241/1997-03	07.10.2009	Não. Apenas, houve menção, em todos os votos (vista,	Não se aplica.	Não se aplica.

⁴⁴⁵ Esta data não leva em conta o julgamento de eventuais recursos administrativos.

⁴⁴⁶ Trata-se de cartel internacional condenado nos Estados Unidos e Europa.

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento ⁴⁴⁵	Caráter Dissuasório		
		O CADE, em alguma etapa da formulação da pena, considera a dissuasão como fundamento para fins de aumento do percentual aplicado para o cálculo da multa?	Como?	O CADE se preocupa com os critérios de formulação da pena ou é influenciado pelo valor da pena aplicada em outra jurisdição?
		vogal e do Relator) sobre o caráter educativo da punição.		
18. 08012.009888/2003-70	01.09.2010	Não.	Não se aplica.	Sim, o CADE buscou informações sobre a decisão da Comissão Europeia e das autoridades de concorrência do Chile e Argentina, sobre cartéis envolvendo o mesmo setor de mercado.
19. 08012.005495/2002-14	14.09.2011	Não. Apenas, mencionou o caráter preventivo da punição.	Não se aplica.	Não se aplica.
20. 08012.004702/2004-77	09.05.2012	Não. Apenas, mencionou o caráter preventivo da punição.	Não se aplica.	Sim, o CADE buscou informações sobre a decisão da Comissão Europeia e dos Estados Unidos, sobre cartel envolvendo o mesmo setor de mercado.
21. 08012.010215/2007-96	06.03.2013	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
22. 08012.004472/2000-12	06.03.2013	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
23. 08012.001003/2000-41	06.03.2013	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
24. 08012.003745/2010-83	20.03.2013	Não. Apenas, mencionou o caráter dissuasório da punição.	Não se aplica.	Não se aplica.
25. 08012.004039/2001-68	22.05.2013	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
26. 08012.004573/2004-17*	19.06.2013	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
27. 08012.007149/2009-39*	19.06.2013	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
28. 08012.011027/2006-02	28.08.2013	Não, mas mencionou que a sanção tem o caráter de desincentivo à ocorrência de novos cartéis, bem como mencionou estudos provando a baixa detecção de cartéis e a reincidência da conduta, no sentido de justificar que as punições têm sido insuficientes para	Não se aplica.	Sim. Segundo o voto do Relator, não se trata de um único cartel mundial, em razão das características específicas dos cartéis em cada país, mas de

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento ⁴⁴⁵	Caráter Dissuasório		
		O CADE, em alguma etapa da formulação da pena, considera a dissuasão como fundamento para fins de aumento do percentual aplicado para o cálculo da multa?	Como?	O CADE se preocupa com os critérios de formulação da pena ou é influenciado pelo valor da pena aplicada em outra jurisdição?
		combater a conduta. Foi mencionado o caráter dissuasório geral e específico na justificativa de aplicação de penas acessórias (art. 38, I).		múltiplos cartéis regionais ou locais (houve condenação na Austrália, Nova Zelândia, África dos Sul, Coreia do Sul, Europa, Estados Unidos e Canadá).
29. 08012.011668/2007-30	23.10.2013	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.

*Tais processos foram analisados e decididos conjuntamente.

Quadro 3 – Caráter retributivo

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento ⁴⁴⁷	Caráter Retributivo						
		O CADE tentou calcular a vantagem auferida?	O CADE justificou por que não calculou a vantagem auferida?	O CADE tentou calcular o sobrepreço ou adotou uma estimativa de sobrepreço?	O CADE considerou a duração da infração?	O CADE aplicou a reincidência?	Em qual abrangência?	Em qual extensão temporal?
1. 08000.015337/1997-48	27.10.1999	Não.	Sim, não havia elementos para a realização do cálculo.	Não.	Não.	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
2. 08012.009118/1998-26	27.06.2001	Não.	Não.	Não.	Não.	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
3. 08012.002299/2000-18	27.03.2002	Sim, por meio de uma estimativa, calculada em função do aumento médio das margens brutas de comercialização da gasolina C, praticadas pelos postos representados, e ocorrido entre novembro e dezembro de 2000,	Não se aplica.	Não.	Não.	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.

⁴⁴⁷ Esta data não leva em conta o julgamento de eventuais recursos administrativos.

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento 447	Caráter Retributivo						
		O CADE tentou calcular a vantagem auferida?	O CADE justificou por que não calculou a vantagem auferida?	O CADE tentou calcular o sobrepreço ou adotou uma estimativa de sobrepreço?	O CADE considerou a duração da infração?	O CADE aplicou a reincidência?	Em qual abrangência?	Em qual extensão temporal?
		de aproximadamente R\$ 0,10 por litro. Assim, a vantagem auferida como proporção do faturamento foi de, aproximadamente, 1/15 ou 6,7%.						
4. 08012.004036/2001-24	23.07.2003	Sim, por meio de uma estimativa de vantagem auferida, de R\$0,05 por litro de gasolina, durante o ano de 2001. A vantagem auferida como proporção do faturamento nas vendas da gasolina foi de, aproximadamente, 3%.	Não se aplica.	Não.	Não. Apenas, mencionou que o cartel durou, aproximadamente, 1 ano.	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
5. 08012.000677/1999-70	09.09.2004	Não.	Não.	Não.	Não.	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
6. 08012.002097/1999-81	09.03.2005	Não.	Não.	Não.	Não.	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento ⁴⁴⁷	Caráter Retributivo						
		O CADE tentou calcular a vantagem auferida?	O CADE justificou por que não calculou a vantagem auferida?	O CADE tentou calcular o sobrepreço ou adotou uma estimativa de sobrepreço?	O CADE considerou a duração da infração?	O CADE aplicou a reincidência?	Em qual abrangência?	Em qual extensão temporal?
7. 08012.009088/1999-48	13.10.2005	Não.	Não.	Não.	Não.	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
8. 08012.002127/2002-14	13.07.2005	Não.	Não.	Não.	Não. Apenas, considerou os anos em que cada Representada participou das reuniões do cartel, para fins de aplicação de pena.	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
9. 08012.004086/2000-21	23.09.2005	Não. Apenas, mencionou na dosagem da pena, o inciso III, do art. 27, que também trata da vantagem auferida, nos seguintes termos: “as representadas buscaram impedir as concorrências postas pelas demais”.	Não.	Não.	Não.	Não. ⁴⁴⁸	Não se aplica.	Não se aplica.

⁴⁴⁸ O Relator considerou a possibilidade de ser caracterizada a reincidência, no caso de descumprimentos das obrigações comportamentais impostas, com base no artigo 46 da Lei n. 8.884/1994.

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento 447	Caráter Retributivo						
		O CADE tentou calcular a vantagem auferida?	O CADE justificou por que não calculou a vantagem auferida?	O CADE tentou calcular o sobrepreço ou adotou uma estimativa de sobrepreço?	O CADE considerou a duração da infração?	O CADE aplicou a reincidência?	Em qual abrangência?	Em qual extensão temporal?
10. 08012.000099/2003-73	22.02.2006	Não.	Não.	Não.	Não.	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
11. 08012.007602/2003-11	17.01.2007	Não.	Não.	Não.	Não.	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
12. 08012.004599/1999-18	11.04.2007	Não. Apenas, mencionou.	Não.	Não.	Não.	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
13. 08012.001826/2003-10	19.09.2007	Não.	Não.	Não.	Não.	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
14. 08012.002493/2005-16	28.11.2007 (TCC nesta data)	Não.	Não.	Não.	Não.	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
15. 08012.006019/2002-11	09.07.2008	Não.	Não.	Não.	Não.	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
16. 08012.000283/2006-66	17.12.2008	Não.	Não.	Não.	Não. Apenas, o Relator Furquim mencionou a curta duração do cartel e o Conselheiro em vista, Furlan, mencionou que a duração não se encontra expressa no art. 27.	Não. Apenas, mencionou que o <i>caput</i> do art. 23 prevê a aplicação da reincidência, não devendo ser aplicada reincidência do art. 27.	Não se aplica.	Não se aplica.
17. 08012.006241/1997-03	07.10.2009	Não.	Não.	Não.	Não.	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
18. 08012.009888/2003-70	01.09.2010	Não. Apenas, mencionou a	Não.	Sim, com base em estimativa	Não. Apenas, mencionou que o	Sim. Com base no inciso VIII,	Outro tipo.	Cerca de 1 ano e meio

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento 447	Caráter Retributivo						
		O CADE tentou calcular a vantagem auferida?	O CADE justificou por que não calculou a vantagem auferida?	O CADE tentou calcular o sobrepreço ou adotou uma estimativa de sobrepreço?	O CADE considerou a duração da infração?	O CADE aplicou a reincidência?	Em qual abrangência?	Em qual extensão temporal?
		vantagem auferida na análise da caracterização dos incisos do art. 27, justificando que a conduta durou vários anos.		de estudos referenciados no voto do Relator.	cartel se manteve por vários anos.	do art. 27, mas com parâmetros do parágrafo 1º do art. 23.		antes da instauração deste PA.
19. 08012.005495/2002-14	14.09.2011	Não. Apenas, mencionou a vantagem auferida na análise da caracterização dos incisos do art. 27, justificando que a prática ilícita possibilitou lucros superiores ao que seriam adquiridos em condições naturais de mercado.	Não.	Não.	Não.	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
20. 08012.004702/2004-77	09.05.2012	Não. Apenas, mencionou a vantagem auferida na análise da caracterização dos incisos do art. 27,	Não.	Não.	Não. Mas, mencionou a ocorrência do cartel no período de 1995-2004.	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento 447	Caráter Retributivo						
		O CADE tentou calcular a vantagem auferida?	O CADE justificou por que não calculou a vantagem auferida?	O CADE tentou calcular o sobrepreço ou adotou uma estimativa de sobrepreço?	O CADE considerou a duração da infração?	O CADE aplicou a reincidência?	Em qual abrangência?	Em qual extensão temporal?
		justificando que a prática ilícita possibilitou lucros superiores ao que seriam adquiridos em condições naturais de mercado, bem como ressaltou a duração de quase uma década do cartel.						
21. 08012.010215/2007-96	06.03.2013	Não.	Não.	Não.	Não.	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
22. 08012.004472/2000-12	06.03.2013	Não. Apenas, mencionou a vantagem auferida na análise da caracterização dos incisos do art. 45 e apresentou estimativas de sobrepreço, com base na literatura especializada.	Sim, mencionou não haver elementos para quantificar.	Sim, apresentou estimativas de estudos de sobrepreços, conforme referenciados no voto da Relatora.	Não.	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
23. 08012.001003/2000-41	06.03.2013	Sim, mencionou que, no período	Não se aplica.	Não.	Não. Apenas, mencionou que o	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento 447	Caráter Retributivo						
		O CADE tentou calcular a vantagem auferida?	O CADE justificou por que não calculou a vantagem auferida?	O CADE tentou calcular o sobrepreço ou adotou uma estimativa de sobrepreço?	O CADE considerou a duração da infração?	O CADE aplicou a reincidência?	Em qual abrangência?	Em qual extensão temporal?
		investigado, as margens de revenda dos postos de Londrina foi superior às demais cidades da região em 20% em relação ao preço de venda e 25% em relação ao preço de distribuição.			cartel durou cerca de 1 ano.			
24. 08012.003745/2010-83	20.03.2013	Não. Apenas, mencionou a vantagem auferida na análise da caracterização dos incisos do art. 27.	Não.	Não.	Não.	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
25. 08012.004039/2001-68	22.05.2013	Não. Apenas, mencionou que no presente caso a vantagem auferida foi reduzida, em razão da rápida intervenção policial.	Não.	Não.	Não. Apenas, foi mencionado se tratar de infração de curta duração.	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
26. 08012.004573/2004-17*	19.06.2013	Sim, verificou aumento nas	Não se aplica.	Não.	Não. Apenas, foi se mencionado	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento 447	Caráter Retributivo						
		O CADE tentou calcular a vantagem auferida?	O CADE justificou por que não calculou a vantagem auferida?	O CADE tentou calcular o sobrepreço ou adotou uma estimativa de sobrepreço?	O CADE considerou a duração da infração?	O CADE aplicou a reincidência?	Em qual abrangência?	Em qual extensão temporal?
		margens (lucro/preço) de 12,1% no período de 2002 a 2003 e para cerca de 20,4% em 2004. Ademais, mencionou parecer da ANP.			tratar de infração de curta duração.			
27. 08012.007149/2009-39*	19.06.2013	Sim, verificou aumento nas margens (lucro/preço) de 12,1% no período de 2002 a 2003 e para cerca de 20,4% em 2004. Ademais, mencionou parecer da ANP.	Não se aplica.	Não.	Não. Apenas, foi mencionado se tratar de infração de curta duração.	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.
28. 08012.011027/2006-02	28.08.2013	Não. Apenas, mencionou a vantagem auferida na análise da caracterização dos incisos do art. 45 e apresentou	Não.	Sim, apresentou estimativas de estudos de sobrepreço, para cartel nacional e	Não, mas as provas analisadas envolveram um período de 2003 a 2005.	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento 447	Caráter Retributivo						
		O CADE tentou calcular a vantagem auferida?	O CADE justificou por que não calculou a vantagem auferida?	O CADE tentou calcular o sobrepreço ou adotou uma estimativa de sobrepreço?	O CADE considerou a duração da infração?	O CADE aplicou a reincidência?	Em qual abrangência?	Em qual extensão temporal?
		justificativas com base na literatura especializada, bem como na clara intenção das Representadas de obter vantagem indevidamente, de acordo com as informações dos autos.		internacional, conforme referenciados no voto do Relator.				
29. 08012.011668/2007-30	23.10.2013	Não.	Não foi possível constatar.	Não.	Não. Mas, mencionou que o cartel ocorreu em 2007.	Não.	Não se aplica.	Não se aplica.

*Tais processos foram analisados e decididos conjuntamente.

Quadro 4 – Caráter agravante e atenuante

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento ⁴⁴⁹	Caráter Agravante e Atenuante		
		O CADE considerou a individualização das penas em sua decisão?	O CADE aumentou a pena com base em circunstâncias agravantes? Qual(is)?	O CADE reduziu a pena com base em circunstâncias atenuantes? Qual(is)?
1. 08000.015337/1997-48	27.10.1999	Não.	Não. Apenas, mencionou o artigo 27, em caráter geral, e, especificamente, mencionou a gravidade da infração; a situação econômica do infrator; e a importância do produto para a economia de mercado.	Não. Apenas, mencionou, em caráter geral, o artigo 27, e, especificamente, mencionou que a pena seria mínima por ser a primeira condenação de cartel pelo CADE; pelos reflexos do controle de preços; e para evitar prejuízos ao bom funcionamento do mercado.
2. 08012.009118/1998-26	27.06.2001	Não.	Não.	Não. Apenas, mencionou que considerou como critério do artigo 27, a boa-fé das infratoras, que alegaram desconhecimento dos elementos constitutivos da infração.
3. 08012.002299/2000-18	27.03.2002	Não.	Não.	Não.
4. 08012.004036/2001-24	23.07.2003	Não.	Não. Apenas, mencionou o inciso I, III, IV, V e VI, do art. 27.	Não.
5. 08012.000677/1999-70	09.09.2004	Não.	Não. Apenas, mencionou os incisos I, V e VI do art. 27.	Não.
6. 08012.002097/1999-81	09.03.2005	Não.	Não. Apenas, mencionou os incisos I, IV, V e VII do art. 27.	Não.
7. 08012.009088/1999-48	13.10.2005	Sim. Mas, apenas individualizou a pena da empresa líder em relação às demais Representadas.	Sim, apenas em relação à empresa líder.	Não, mas mencionou os incisos IV e VI, do art. 27 (não consumação da infração e ausência de efeitos negativos no mercado).
8. 08012.002127/2002-14	13.07.2005	Sim.	Sim, em razão de ter feito parte ou não do Comitê Gestor do cartel, ou seja, com papel de coordenação do cartel. Ademais, mencionou os incisos I, II, IV e V, do art. 27.	Não.
9. 08012.004086/2000-21	23.09.2005	Não.	Sim, aumentou a pena com base nos incisos I, II, III, IV, V e VII, do art. 27.	Não.

⁴⁴⁹ Esta data não leva em conta o julgamento de eventuais recursos administrativos.

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento ⁴⁴⁹	Caráter Agravante e Atenuante		
		O CADE considerou a individualização das penas em sua decisão?	O CADE aumentou a pena com base em circunstâncias agravantes? Qual(is)?	O CADE reduziu a pena com base em circunstâncias atenuantes? Qual(is)?
10. 08012.000099/2003-73	22.02.2006	Sim.	Não. Apenas, mencionou a gravidade da infração e o art. 27 em caráter geral.	Não.
11. 08012.007602/2003-11	17.01.2007	Sim.	Sim, aumentou a pena com base na liderança (fundamentada no art. 27, I) e na continuidade delitiva, pela participação nas duas reuniões (fundamentado no art. 27, V).	Não. Apenas, para pessoas físicas condenadas.
12. 08012.004599/1999-18	11.04.2007	Sim.	Sim, aumentou a pena com base na liderança e no espectro de vitaminas exportadas para o Brasil. Além disso, mencionou os incisos I, III, V e VII, do art. 27.	Não.
13. 08012.001826/2003-10	19.09.2007	Sim.	Sim, aumentou a pena em 5%, com base na liderança. Além disso, mencionou os incisos I, III e V, do art. 27.	Não.
14. 08012.002493/2005-16	28.11.2007 (TCC nesta data)	Sim.	Não.	Não. Apenas, mencionou circunstâncias atenuantes: menor gravidade da infração comparada às condutas já analisadas pelo SBDC, que envolveram condutas bem organizadas e de longa duração; e a definição coordenada de um sistema unificado de classificação de carcaças, o qual pode ser justificado por razões de eficiência.
15. 08012.006019/2002-11	09.07.2008	Sim.	Não.	Não. Apenas, mencionou duas atenuantes: o momento regulatório que criou incentivos ao conluio; e a instabilidade do conluio e ausência de institucionalidade da conduta.
16. 08012.000283/2006-66	17.12.2008	Sim.	Sim, aumentou a pena em 5%, em razão da liderança, e mais 5%, em razão de agravantes como: consumação; continuidade da infração; e, em relação a duas Representadas, contratação ou auxílio à contratação de consultoria externa.	Sim, reduziu a pena em 2,5%, em razão da situação econômica das empresas.
17. 08012.006241/1997-03	07.10.2009	Sim. Mas, apenas individualizou dois	Sim, aumentou a pena em 0,5%, em razão do envolvimento de um grupo de empresas na	Não. Mas, mencionou que não houve má-fé, em vista de algumas Representadas não conhecerem

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento ⁴⁴⁹	Caráter Agravante e Atenuante		
		O CADE considerou a individualização das penas em sua decisão?	O CADE aumentou a pena com base em circunstâncias agravantes? Qual(is)?	O CADE reduziu a pena com base em circunstâncias atenuantes? Qual(is)?
		conjuntos de empresas, com base no envolvimento da infração.	infração.	a lei e terem, inclusive, registrado em cartório as atas das reuniões.
18. 08012.009888/2003-70	01.09.2010	Sim.	Sim. Aplicou a pena em dobro para uma Representada, para fins de reincidência e considerou fatores de gravidade da infração, envolvimento na infração e ausência de cooperação como fatores agravantes, bem como analisou todos os incisos do art. 27.	Sim, reduziu a pena de uma Representada em 15%, tendo em vista o menor envolvimento com a infração e pelo fato de ter denunciado a conduta por meio de outro Processo Administrativo, o qual serviu de base para a instauração do presente processo.
19. 08012.005495/2002-14	14.09.2011	Sim.	Sim. Aumentou a pena em 2% para as Representadas em que foi configurada a má-fé excessiva. Analisou todos os incisos do art. 27.	Não. Apenas, mencionou a situação econômica do infrator.
20. 08012.004702/2004-77	09.05.2012	Sim.	Sim. Aumentou a pena em percentual confidencial, uma vez que todos os incisos do art. 27, exceto a reincidência, foram caracterizados.	Não.
21. 08012.010215/2007-96	06.03.2013	Sim.	Sim. Aumentou a pena com base na caracterização da liderança, na liderança secundária e na ausência de liderança. Analisou todos os incisos do art. 45.	Não.
22. 08012.004472/2000-12	06.03.2013	Não.	Não. Apenas, analisou os incisos do art. 45.	Não. Apenas, mencionou a situação econômica das Representadas, por se tratar de empresas de pequeno porte.
23. 08012.001003/2000-41	06.03.2013	Sim, apenas em relação à liderança.	Não é possível analisar, em razão dos dispositivos aplicados, i.e., art. 37, I, da Lei n. 12.529/2011 e 23, III, da Lei n. 8.884/1994.	Não.
24. 08012.003745/2010-83	20.03.2013	Sim.	Sim. Foi acrescido à pena 1 milhão de UFIR para o conjunto de agravantes indicados (i.e., houve análise de todas os incisos do art. 27).	Não.
25. 08012.004039/2001-68	22.05.2013	Não.	Não.	Não. Apenas, mencionou a situação econômica das Representadas.

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento ⁴⁴⁹	Caráter Agravante e Atenuante		
		O CADE considerou a individualização das penas em sua decisão?	O CADE aumentou a pena com base em circunstâncias agravantes? Qual(is)?	O CADE reduziu a pena com base em circunstâncias atenuantes? Qual(is)?
26. 08012.004573/2004-17*	19.06.2013	Não.	Não.	Não.
27. 08012.007149/2009-39*	19.06.2013	Não.	Não.	Não.
28. 08012.011027/2006-02	28.08.2013	Sim.	Sim, com base no grau de envolvimento, na situação econômica da empresa, e na caracterização da maioria dos incisos do art. 45.	Sim, com base na situação econômica das Representadas.
29. 08012.011668/2007-30	23.10.2013	Sim.	Sim, às empresas que compuseram o núcleo do cartel foi aplicado percentual de 15% e às que não compuseram o núcleo e colaboraram com as investigações, aplicou-se 13%. Além disso, foi aplicado o art. 23, III, da Lei n. 8.884/1994, para as empresas que não se enquadraram no art. 37, I, da Lei n. 12.529/2011.	Não, apenas mencionou a situação econômica das Representadas, que são empresas de pequeno porte.

*Tais processos foram analisados e decididos conjuntamente.

Quadro 5 – Obrigações de fazer e não fazer

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento ⁴⁵⁰	Obrigações de Fazer e Não Fazer
		O CADE impõe alguma obrigação acessória à pena de multa? Qual(is)?
1. 08000.015337/1997-48	27.10.1999	Sim: publicação em jornal (inciso I, art. 24).
2. 08012.009118/1998-26	27.06.2001	Sim: publicação em jornal (inciso I, art. 24).
3. 08012.002299/2000-18	27.03.2002	Sim: publicação em jornal (inciso I, art. 24); proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitações (inciso II, art. 24); inscrição dos Representados no Cadastro Nacional de Defesa da Concorrência (inciso III, art. 24); e não concessão de parcelamento de tributos federais por eles devidos, e, que sejam cancelados ou não concedidos incentivos fiscais e subsídios públicos (inciso IV, “b”, art. 24).
4. 08012.004036/2001-24	23.07.2003	Sim: publicação em jornal (inciso I, art. 24); e inscrição dos Representados no Cadastro Nacional de Defesa da Concorrência (inciso III, art. 24).
5. 08012.000677/1999-70	09.09.2004	Sim: publicação em jornal (inciso I, art. 24).
6. 08012.002097/1999-81	09.03.2005	Sim: publicação em jornal (inciso I, art. 24).
7. 08012.009088/1999-48	13.10.2005	Sim: publicação em jornal (inciso I, art. 24); e recomendação de programa de <i>compliance</i> .
8. 08012.002127/2002-14	13.07.2005	Sim: publicação em jornal (inciso I, art. 24); e não concessão de parcelamento de tributos federais por elas devidos, e, que sejam cancelados ou não concedidos incentivos fiscais e subsídios públicos (inciso IV, “b”, art. 24).
9. 08012.004086/2000-21	23.09.2005	Sim: publicação em jornal (inciso I, art. 24); e obrigações comportamentais até a publicação do acórdão.
10. 08012.000099/2003-73	22.02.2006	Não.
11. 08012.007602/2003-11	17.01.2007	Sim: publicação em jornal (inciso I, art. 24).
12. 08012.004599/1999-18	11.04.2007	Não.
13. 08012.001826/2003-10	19.09.2007	Sim: publicação em jornal (inciso I, art. 24); e proibição de contratar e licitar (inciso II, art. 24).
14. 08012.002493/2005-16	28.11.2007 (TCC nesta data)	Sim: publicação em jornal (inciso I, art. 24).
15. 08012.006019/2002-11	09.07.2008	Não.
16. 08012.000283/2006-66	17.12.2008	Sim: carta com extrato da decisão aos clientes.
17. 08012.006241/1997-03	07.10.2009	Não. Houve aplicação desse artigo e de obrigações de fazer apenas às pessoas físicas e à associação.
18. 08012.009888/2003-70	01.09.2010	Sim: não concessão de parcelamento de tributos federais por eles devidos, e, que sejam cancelados ou não concedidos incentivos fiscais e subsídios públicos (inciso IV, “b”, art. 24).
19. 08012.005495/2002-14	14.09.2011	Sim: inscrição dos Representados no Cadastro Nacional de Defesa da Concorrência (inciso III, art. 24); e não concessão de parcelamento de tributos federais por eles devidos, e, que sejam cancelados ou não concedidos incentivos fiscais e subsídios públicos (inciso IV, “b”, art. 24).
20. 08012.004702/2004-77	09.05.2012	Sim: inscrição dos Representados no Cadastro Nacional de Defesa da Concorrência (inciso III, art. 24); e não concessão de parcelamento de tributos federais por eles devidos, e, que sejam cancelados ou não concedidos incentivos fiscais e

⁴⁵⁰ Esta data não leva em conta o julgamento de eventuais recursos administrativos.

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento ⁴⁵⁰	Obrigações de Fazer e Não Fazer
		O CADE impôs alguma obrigação acessória à pena de multa? Qual(is)?
		subsídios públicos (inciso IV, “b”, art. 24).
21. 08012.010215/2007-96	06.03.2013	Sim: não concessão de parcelamento de tributos federais por eles devidos, e, que sejam cancelados ou não concedidos incentivos fiscais e subsídios públicos (inciso IV, “b”, art. 38).
22. 08012.004472/2000-12	06.03.2013	Sim: não concessão de parcelamento de tributos federais por eles devidos, e, que sejam cancelados ou não concedidos incentivos fiscais e subsídios públicos (inciso IV, “b”, art. 24).
23. 08012.001003/2000-41	06.03.2013	Sim: não concessão de parcelamento de tributos federais por eles devidos, e, que sejam cancelados ou não concedidos incentivos fiscais e subsídios públicos (inciso IV, “b”, art. 24); e art. 24, II apenas à pessoa física líder.
24. 08012.003745/2010-83	20.03.2013	Sim: obrigações comportamentais estabelecidas no voto do Relator.
25. 08012.004039/2001-68	22.05.2013	Não.
26. 08012.004573/2004-17*	19.06.2013	Não.
27. 08012.007149/2009-39*	19.06.2013	Não.
28. 08012.011027/2006-02	28.08.2013	Sim: publicação em jornal (inciso I, art. 38); e inscrição dos Representados no Cadastro Nacional de Defesa da Concorrência (inciso III, art. 38).
29. 08012.011668/2007-30	23.10.2013	Não.

*Tais processos foram analisados e decididos conjuntamente.

Quadro 6 – Caráter metodológico

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento ⁴⁵¹	Caráter Metodológico		
		O CADE adotou uma pena base? Com base em algum critério, método ou congênere?	O CADE adotou a dosimetria da pena? Com base em algum critério, método ou congênere?	O CADE referenciou <i>guidelines</i> e/ou sua própria jurisprudência em sua decisão, no que tange à imposição de sanção?
1. 08000.015337/1997-48	27.10.1999	Não.	Não.	Não. Primeiro cartel julgado pelo CADE.
2. 08012.009118/1998-26	27.06.2001	Não.	Não.	Não.
3. 08012.002299/2000-18	27.03.2002	Não.	Não.	Não.
4. 08012.004036/2001-24	23.07.2003	Não.	Não.	Não.
5. 08012.000677/1999-70	09.09.2004	Não.	Não.	Não.
6. 08012.002097/1999-81	09.03.2005	Não.	Não.	Não.
7. 08012.009088/1999-48	13.10.2005	Sim. Adotou como critério o percentual de 1%.	Sim. Adotou como critério o agravamento em 1% com base na liderança.	Não.
8. 08012.002127/2002-14	13.07.2005	Sim. Adotou como critério 15%, com base nos seguintes incisos do art.27: gravidade da infração (inciso I); má-fé das Representadas (inciso II); consumação (inciso IV); e grau de lesão (inciso V).	Sim. Adotou como critério o agravamento em 5%, com base na participação do Comitê Gestor do cartel, o que significou que a Representada possuía papel de coordenação do cartel.	Não.
9. 08012.004086/2000-21	23.09.2005	Sim. Adotou como critério a pena mínima de 1%.	Sim. Adotou como critério o agravamento em 1%, para cada inciso do art. 27 imputado na decisão (os incisos imputados foram: I, II, III, IV, V, VII).	Não.
10. 08012.000099/2003-73	22.02.2006	Não. Apenas, considerou 1% para a imputação da conduta tipificada no art. 20, I e II c/c art. 21, I, IV, V; e 5% para a conduta tipificada no art. 20, I e II c/c art. 21, I. Às Representadas que praticaram ambas as condutas foi imputado o	Não.	Não.

⁴⁵¹ Esta data não leva em conta o julgamento de eventuais recursos administrativos.

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento ⁴⁵¹	Caráter Metodológico		
		O CADE adotou uma pena base? Com base em algum critério, método ou congênere?	O CADE adotou a dosimetria da pena? Com base em algum critério, método ou congênere?	O CADE referenciou <i>guidelines</i> e/ou sua própria jurisprudência em sua decisão, no que tange à imposição de sanção?
		percentual de 6% (i.e., a soma de cada percentual).		
11. 08012.007602/2003-11	17.01.2007	Sim. Adotou como critério o percentual de 5%.	Sim. Adotou como critério o agravamento em 2% para a liderança (fundamentada no art. 27, I) e 2% para a continuidade delitiva, pela participação nas duas reuniões (fundamentada no art. 27, V).	Sim, referenciou a jurisprudência.
12. 08012.004599/1999-18	11.04.2007	Não expressamente.	Sim. Adotou como critério de agravamento a liderança e o espectro de vitaminas exportadas para o Brasil, mas não especificou expressamente em termos de percentual (os percentuais impostos foram: 10%, 15% e 20%). Além disso, mencionou os incisos I, III, V e VII, do art. 27.	Não.
13. 08012.001826/2003-10	19.09.2007	Sim. Adotou o percentual de 15% como pena base.	Sim. Adotou como critério o agravamento em 5% para a liderança. Além disso, mencionou os incisos I, III e V, do art. 27.	Sim, referenciou a jurisprudência e decisão do Reino Unido.
14. 08012.002493/2005-16	28.11.2007 (TCC nesta data)	Não.	Não.	Sim, mencionou que o CADE aplicou penas para casos de cartel mais bem organizados e de longa duração.
15. 08012.006019/2002-11	09.07.2008	Não.	Não.	Não.
16. 08012.000283/2006-66	17.12.2008	Sim. Adotou pena base de 15%, por se tratar de cartel clássico.	Sim. Adotou como critério de agravamento em 5% a liderança; e mais 5% algumas circunstâncias agravantes (consumação, continuidade da infração, contratação da consultoria externa). Adotou como critério de redução em 2,5% a situação econômica das empresas.	Não. Mas, mencionou que a conduta de cartel clássico deve ser punida com penas máximas.
17. 08012.006241/1997-03	07.10.2009	Não.	Não expressamente. Apenas, agravou em 0,5%	Sim, houve menção de diversas

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento ⁴⁵¹	Caráter Metodológico		
		O CADE adotou uma pena base? Com base em algum critério, método ou congênere?	O CADE adotou a dosimetria da pena? Com base em algum critério, método ou congênere?	O CADE referenciou <i>guidelines</i> e/ou sua própria jurisprudência em sua decisão, no que tange à imposição de sanção?
			de acordo com o envolvimento na infração.	decisões, no que tange à imposição de sanção, nos diversos votos dos Conselheiros e do Relator.
18. 08012.009888/2003-70	01.09.2010	Sim. Adotou pena base de 25%	Sim, mas não adotou nenhum critério, exceto para a aplicação da reincidência, em que a multa foi aplicada em dobro. Como fatores agravantes, considerou: a gravidade da infração, o envolvimento na infração, ausência de cooperação, bem como analisou todos os incisos do art. 27. Como fatores atenuantes, considerou o fato de uma representada ter menor envolvimento e ter denunciado a prática.	Sim. O CADE mencionou a progressão de percentuais aplicados em decisões anteriores.
19. 08012.005495/2002-14	14.09.2011	Sim. Adotou pena base de 15%, por se tratar de cartel clássico.	Sim. Adotou como critério de agravamento em 2% a má-fé excessiva.	Sim. O CADE mencionou a progressão de percentuais aplicados em decisões anteriores.
20. 08012.004702/2004-77	09.05.2012	Sim. O percentual de pena base foi confidencial.	Sim. O percentual de agravamento da pena adotado foi confidencial, mas se baseou na configuração de todos os incisos do art. 27, exceto a reincidência.	Sim. O CADE mencionou a progressão de percentuais aplicados em decisões anteriores.
21. 08012.010215/2007-96	06.03.2013	Não expressamente.	Sim. O percentual foi agravado com base nos seguintes critérios: Liderança: 17%; Liderança secundária: 15%; Ausência de liderança: 15%. Ademais, considerou se tratar de cartel clássico e houve análise de todos os incisos do art. 27.	Não.
22. 08012.004472/2000-12	06.03.2013	Não.	Não. Apenas, houve análise de todos os incisos do art. 45.	Não.
23. 08012.001003/2000-41	06.03.2013	Não.	Não. Apenas, houve aplicação de pena diferente	Não.

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento ⁴⁵¹	Caráter Metodológico		
		O CADE adotou uma pena base? Com base em algum critério, método ou congênere?	O CADE adotou a dosimetria da pena? Com base em algum critério, método ou congênere?	O CADE referenciou <i>guidelines</i> e/ou sua própria jurisprudência em sua decisão, no que tange à imposição de sanção?
			para o líder, fundamentado em dispositivos de leis diferentes. Houve análise de todos os incisos do art. 27.	
24. 08012.003745/2010-83	20.03.2013	Sim, a pena base para a prática de cartel foi de 4 milhões de UFIR e para prática de abuso de poder de mercado, 1 milhão de UFIR.	Sim, com base na análise de todos os incisos do art. 27, agravou-se a pena em 1 milhão de UFIR.	Não.
25. 08012.004039/2001-68	22.05.2013	Não.	Não.	Não. Apenas, houve menção de decisões, no que tange à aplicação da lei mais benéfica, em razão da alteração legislativa.
26. 08012.004573/2004-17*	19.06.2013	Não.	Não. Apenas, houve análise de todos os incisos do art. 45.	Não. Apenas, houve menção de decisões, no que tange à aplicação da lei mais benéfica, em razão da alteração legislativa.
27. 08012.007149/2009-39*	19.06.2013	Não.	Não. Apenas, houve análise de todos os incisos do art. 45.	Não. Apenas, houve menção de decisões, no que tange à aplicação da lei mais benéfica, em razão da alteração legislativa.
28. 08012.011027/2006-02	28.08.2013	Não é possível analisar, pois o percentual aplicado foi de acesso restrito.	Sim. O percentual de agravamento da pena adotado foi de acesso restrito, mas se baseou na configuração de todos os incisos do art. 27, exceto a reincidência, bem como no grau de envolvimento com a conduta.	Sim. O CADE mencionou a progressão de percentuais aplicados em decisões anteriores. Além disso, houve menção de decisões, no que tange à aplicação da lei mais benéfica, em razão da alteração legislativa.
29. 08012.011668/2007-30	23.10.2013	Não.	Sim, com base na composição do núcleo do	Sim, referenciou decisões

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento ⁴⁵¹	Caráter Metodológico		
		O CADE adotou uma pena base? Com base em algum critério, método ou congênere?	O CADE adotou a dosimetria da pena? Com base em algum critério, método ou congênere?	O CADE referenciou <i>guidelines</i> e/ou sua própria jurisprudência em sua decisão, no que tange à imposição de sanção?
			cartel e na colaboração das Representadas.	anteriores. Além disso, houve menção de decisões, no que tange à aplicação da lei mais benéfica, em razão da alteração legislativa.

*Tais processos foram analisados e decididos conjuntamente.

APÊNDICE III - Panorama institucional do CADE acerca da política de repressão a cartéis

Quadro 1 – Questões envolvendo a severidade da pena

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento ⁴⁵²	Percentual imposto	
		Decisões que não contaram com nenhuma ferramenta de investigação	Decisões que contaram com algum tipo de ferramenta de investigação ⁴⁵³
1. 08000.015337/1997-48	27.10.1999	1%.	Não se aplica.
2. 08012.009118/1998-26	27.06.2001	1%.	Não se aplica.
3. 08012.002299/2000-18	27.03.2002	Não se aplica.	10%.
4. 08012.004036/2001-24	23.07.2003	Não se aplica.	15%.
5. 08012.000677/1999-70	09.09.2004	1% no mercado relevante.	Não se aplica.
6. 08012.002097/1999-81	09.03.2005	1% no mercado relevante.	Não se aplica.
7. 08012.009088/1999-48	13.10.2005	1% e 2% (para a líder).	Não se aplica.
8. 08012.002127/2002-14	13.07.2005	Não se aplica.	15% e 20% (o CADE considerou 20% no mercado relevante somente para duas Representadas).
9. 08012.004086/2000-21	23.09.2005	7%.	Não se aplica.
10. 08012.000099/2003-73	22.02.2006	Não se aplica.	1%, 5% e 6%.
11. 08012.007602/2003-11	17.01.2007	5%, 7% e 9%.	Não se aplica.
12. 08012.004599/1999-18	11.04.2007	10%, 15% e 20%.	Não se aplica.
13. 08012.001826/2003-10	19.09.2007	Não se aplica.	15% e 20%.*
14. 08012.002493/2005-16	28.11.2007	Não se aplica.	5%.
15. 08012.006019/2002-11	09.07.2008	Não se aplica.	1%
16. 08012.000283/2006-66	17.12.2008	Não se aplica.	17,5%, 20% e 22,5%.
17. 08012.006241/1997-03	07.10.2009	1% e 1,5%.	Não se aplica.
18. 08012.009888/2003-70	01.09.2010	Não se aplica.	10%, 25% e 50%.
19. 08012.005495/2002-14	14.09.2011	Não se aplica.	15% e 17%
20. 08012.004702/2004-77	09.05.2012	Não se aplica.	Confidencial.*
21. 08012.010215/2007-96	06.03.2013	Não se aplica.	15% e 17% (Lei n. 12.529/2011).
22. 08012.004472/2000-12	06.03.2013	Não se aplica.	15% (Lei n. 12.529/2011).

⁴⁵² Esta data não leva em conta o julgamento de eventuais recursos administrativos.

⁴⁵³ Nos processos em que houve a celebração de acordo de leniência será indicado um asterisco. A não indicação de asterisco significa que as autoridades contaram apenas com provas diretas da conduta (interceptação telefônica, busca e apreensão ou gravação clandestina).

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento ⁴⁵²	Percentual imposto	
		Decisões que não contaram com nenhuma ferramenta de investigação	Decisões que contaram com algum tipo de ferramenta de investigação ⁴⁵³
23. 08012.001003/2000-41	06.03.2013	Não se aplica.	15% (Lei n. 12.529/2011).
24. 08012.003745/2010-83	20.03.2013	Não se aplica, pois foram impostas penalidades com base no art. 23, III.	Não se aplica.
25. 08012.004039/2001-68	22.05.2013	Não se aplica.	Não se aplica, pois foram impostas penalidades com base no art. 23, III.
26. 08012.004573/2004-17*	19.06.2013	Não se aplica.	15% (Lei n. 12.529/2011).
27. 08012.007149/2009-39*	19.06.2013	Não se aplica.	Não se aplica, pois foram condenadas apenas pessoas físicas.
28. 08012.011027/2006-02	28.08.2013	Não se aplica.	Acesso Restrito.*
29. 08012.011668/2007-30	23.10.2013		13% e 15% (Lei n. 12.529/2011) e penalidade do art. 23, III, da Lei n. 8.884/1994.

*Tais processos foram analisados e decididos conjuntamente.

Quadro 2 – Questões procedimentais

Nº do Processo Administrativo e data da instauração da investigação	Data do Julgamento	Tempo de análise no SBDC
1. 08000.015337/1997-48 (jun.1997)	27.10.1999 – (pedido de reconsideração em auto de infração: jan.2002)	67 meses.
2. 08012.009118/1998-26 (mai.1999)	27.06.2001.	25 meses.
3. 08012.002299/2000-18 (jun.2000)	27.03.2002.	21 meses.
4. 08012.004036/2001-24 (jul.2001)	23.07.2003.	24 meses.
5. 08012.000677/1999-70 (mar.2000)	09.09.2004 (embargos de declaração: 09.03.2005).	60 meses.
6. 08012.002097/1999-81 (out.2000)	09.03.2005 (recurso administrativo: 13.07.2005).	57 meses.
7. 08012.009088/1999-48 (out.1999)	13.04.2005 (conversão do julgamento em diligência); 13.10.2005 (embargos de declaração: 07.11.2007).	97 meses.
8. 08012.002127/2002-14 (jul.2003)	13.07.2005 – (embargos de declaração: 13.10.2005; e pedidos de revisão: 01.02.2006; 04.10.2006).	39 meses.
9. 08012.004086/2000-21 (set.2000)	23.09.2005 (embargos de declaração: 29.03.2006; 24.05.2006).	68 meses.
10. 08012.000099/2003-73 (nov.2003)	22.02.2006.	27 meses.
11. 08012.007602/2003-11 (dez.2003)	17.01.2007.	37 meses.
12. 08012.004599/1999-18 (mai.2000)	11.04.2007.	83 meses.
13. 08012.001826/2003-10 (out.2003)	19.09.2007 (embargos de declaração: 24.10.2007).	48 meses.
14. 08012.002493/2005-16 (jun.2005)	28.11.2007. Na mesma data houve celebração de TCC (embargos de declaração: 30.01.2008; 05.03.2008).	33 meses.
15. 08012.006019/2002-11 (set.2002)	09.07.2008 (embargos de declaração: 24.06.2009; e pedido de repreciação: 26.08.2009).	83 meses.
16. 08012.000283/2006-66 (set.2006)	17.12.2008 – (embargos de declaração: 13.05.2009).	32 meses.
17. 08012.006241/1997-03 (mar.2003)	07.10.2009 (embargos de declaração: 13.07.2011).	100 meses.
18. 08012.009888/2003-70 (mar.2004)	01.09.2010 (embargos de declaração: 22.09.2010).	78 meses.
19. 08012.005495/2002-14 (out.2002)	14.09.2011 (embargos de declaração: 23.11.2011).	109 meses.
20. 08012.004702/2004-77 (set.2004)	09.05.2012 – (embargos de declaração: 12.12.2012; 06.03.2013).	102 meses.
21. 08012.010215/2007-96 (jan.2011)	06.03.2013.	26 meses.
22. 08012.004472/2000-12 (nov.2002)	06.03.2013.	124 meses.
23. 08012.001003/2000-41 (out.2001)	06.03.2013 (embargos de declaração: 06.11.2013).	13 meses.
24. 08012.003745/2010-83 (abr.2010)	20.03.2013.	35 meses.
25. 08012.004039/2001-68 (ago.2001)	22.05.2013.	146 meses.
26. 08012.004573/2004-17 (nov.2004)*	19.06.2013 (embargos: 06.11.2013).	108 meses.
27. 08012.007149/2009-39 (jan.2010)*	19.06.2013 (embargos: 06.11.2013).	46 meses.

Nº do Processo Administrativo e data da instauração da investigação	Data do Julgamento	Tempo de análise no SBDC
28. 08012.011027/2006-02 (jan. 2007)	28.08.2013.	79 meses.
29. 08012.011668/2007-30 (fev.2010)	23.10.2013.	44 meses.

*Tais processos foram analisados e decididos conjuntamente.

Quadro 3 – Questões materiais

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento ⁴⁵⁴	Questões Materiais	
		O CADE se preocupou em distinguir e/ou definir o tipo de cartel, i.e. como clássico ou difuso?	O CADE se preocupou em mencionar se o cartel deve analisado pela regra <i>per se</i> , regra da razão ou classificou a infração pelo objeto ou efeito?
1. 08000.015337/1997-48	27.10.1999	Não.	Não.
2. 08012.009118/1998-26	27.06.2001	Não. Trata-se de acordo entre concorrentes em licitação. O Relator não definiu/distinguiu o tipo.	Não.
3. 08012.002299/2000-18	27.03.2002	Não.	Sim. Adotou a regra da razão.
4. 08012.004036/2001-24	23.07.2003	Não.	Não.
5. 08012.000677/1999-70	09.09.2004	Não. Apenas mencionou que se trata de um cartel de crise, devido à desvalorização do real e à liderança de preços em mercados oligopolizados, em que o comportamento da empresa líder é mimetizado pelas seguidoras.	Não.
6. 08012.002097/1999-81	09.03.2005	Não. Mas, o Relator se preocupou em trazer algumas definições, e.g. da OCDE, sem fazer distinções do tipo de cartel.	Não. Mas o voto vogal da Presidenta Farina, mencionou que a autoridade concorrencial não precisa provar a existência de perda de bem-estar para condenar um cartel e utilizou como exemplo o motorista que cruza o sinal fechado, o qual deve ser multado, ainda que não tenha atropelado ninguém e/ou provocado uma colisão.
7. 08012.009088/1999-48	13.10.2005	Não.	Sim. O voto do Relator, o qual foi vencido, mencionou sobre a aplicação da regra da razão e <i>per se</i> , para fins do <i>quantum</i> probatório em relação ao fato, não descartando a análise, ainda que potencial, da racionalidade da conduta.
8. 08012.002127/2002-14	13.07.2005	Sim. Houve definição e distinção entre cartel clássico e difuso.	Sim. Entendeu que deve ser analisado sob a regra <i>per se</i> , i.e., a prova do cartel é suficiente para determinar sua ilicitude, dispensando a prova dos efeitos. O voto vista da Presidenta Farina, a qual foi vencida, não concordou com a ilicitude <i>per se</i> de cartéis.
9. 08012.004086/2000-21	23.09.2005	Não. Apenas, definiu a conduta de cartel em geral, com base no Anexo da Resolução CADE n. 20/99.	Não.
10. 08012.000099/2003-73	22.02.2006	Sim. Houve definição e distinção entre cartel	Não.

⁴⁵⁴ Esta data não leva em conta o julgamento de eventuais recursos administrativos.

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento ⁴⁵⁴	Questões Materiais	
		O CADE se preocupou em distinguir e/ou definir o tipo de cartel, i.e. como clássico ou difuso?	O CADE se preocupou em mencionar se o cartel deve analisado pela regra <i>per se</i> , regra da razão ou classificou a infração pelo objeto ou efeito?
		clássico e difuso.	
11. 08012.007602/2003-11	17.01.2007	Sim. Houve definição de cartel clássico.	Não. Apenas, o Relator fez interpretação do art. 20.
12. 08012.004599/1999-18	11.04.2007	Sim.	Não. Apenas, o Relator e o Conselheiro em vista fizeram interpretação do art. 20.
13. 08012.001826/2003-10	19.09.2007	Não. Apenas, definiu cartel em licitação.	Não.
14. 08012.002493/2005-16	28.11.2007	Não houve definição, mas houve discussão sobre o tipo de conduta, no voto vogal do Conselheiro Furquim, no sentido de que uma das condutas se trata de conduta uniforme, mas não cartel clássico.	Não. Apenas, o Relator fez interpretação do art. 20.
15. 08012.006019/2002-11	09.07.2008	Sim. A conclusão não caracterizou a conduta como cartel clássico.	Não.
16. 08012.000283/2006-66	17.12.2008	Sim. Houve definição de cartel clássico.	Não.
17. 08012.006241/1997-03	07.10.2009	Não.	Não.
18. 08012.009888/2003-70	01.09.2010	Não.	Não. Apenas, o Relator fez interpretação do art. 20.
19. 08012.005495/2002-14	14.09.2011	Sim. Sistematizou toda a análise do processo com base em elementos de mercado e da conduta capazes de caracterizar o funcionamento do cartel e, por conseguinte, a conduta de cartel clássico. Mencionou o voto do Relator do “Cartel das Britas”.	Sim. Adotou regra <i>per se</i> , a qual dispensa análise aprofundada de mercado, porém, de acordo com o voto, o CADE costuma realizar a análise de mercado.
20. 08012.004702/2004-77	09.05.2012	Sim. Sistematizou toda a análise do processo com base em elementos de mercado e da conduta capazes de caracterizar o funcionamento do cartel e, por conseguinte, a conduta de cartel clássico. Mencionou o voto do Relator do “Cartel das Britas”.	Sim. Adotou regra <i>per se</i> , a qual dispensa análise aprofundada de mercado, porém, de acordo com o voto, o CADE costuma realizar a análise de mercado..
21. 08012.010215/2007-96	06.03.2013	Sim.	Sim. Mencionou se tratar de infração por objeto e, com base no voto do Relator do “Cartel das Britas”, entendeu pela desnecessidade de aprofundar a análise de efeitos, sugerindo uma interpretação de cartel como infração pelo objeto.
22. 08012.004472/2000-12	06.03.2013	Não. Apenas, mencionou cartel clássico e definiu o cartel como sendo um “cartel	Sim. Com base no voto do Relator do “Cartel das Britas”, entendeu pela desnecessidade de aprofundar a análise de efeitos, sugerindo uma

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento ⁴⁵⁴	Questões Materiais	
		O CADE se preocupou em distinguir e/ou definir o tipo de cartel, i.e. como clássico ou difuso?	O CADE se preocupou em mencionar se o cartel deve analisado pela regra <i>per se</i> , regra da razão ou classificou a infração pelo objeto ou efeito?
		organizado”.	interpretação de cartel como infração pelo objeto.
23. 08012.001003/2000-41	06.03.2013	Não. Apenas, definiu o cartel como sendo um “cartel organizado”.	Sim. Com base no voto do Relator do “Cartel das Britas”, entendeu pela desnecessidade de aprofundar a análise de efeitos, sugerindo uma interpretação de cartel como infração pelo objeto.
24. 08012.003745/2010-83	20.03.2013	Não, mas o Relator mencionou se tratar de cartel clássico. Houve divergência de dois Conselheiros, no sentido de que as condutas se referem a abuso de poder de mercado, não havendo prática de cartel.	Não.
25. 08012.004039/2001-68	22.05.2013	Não. Apenas, foi definido cartel em geral.	Não.
26. 08012.004573/2004-17*	19.06.2013	Não. Apenas, foi definido cartel em geral.	Não.
27. 08012.007149/2009-39*	19.06.2013	Não. Apenas, foi definido cartel em geral.	Não.
28. 08012.011027/2006-02	28.08.2013	Sim, houve definição de cartel clássico, com base na definição da OCDE e foi mencionada a decisão no “Cartel das Britas”.	Sim, com base na decisão do “Cartel das Britas” e “Cartel dos Peróxidos”, adotou a regra <i>per se</i> , no sentido de enfatizar a desnecessidade de aprofundar a análise de efeitos. O voto vogal do Conselheiro Octaviani fez interpretação do art. 20, caracterizando o cartel como infração pelo objeto e pelo não cabimento de empréstimo, da doutrina e jurisprudência americana, da regra <i>per se</i> , referenciando o voto do Conselheiro Veríssimo, no âmbito do PA n. 08012.001271/2001-44.
29. 08012.011668/2007-30	23.10.2013	Não.	Sim. A Relatora, com base em votos emitidos previamente ⁴⁵⁵ , entendeu pela desnecessidade de aprofundar a análise dos efeitos, sugerindo uma interpretação de cartel como infração pelo objeto.

*Tais processos foram analisados e decididos conjuntamente.

⁴⁵⁵ PA n. 08012.001003/2000-41 e PA n. 08012.004472/2000-12.

Quadro 4 – Questões dissuasórias

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento ⁴⁵⁶	Questões dissuasórias			
		O CADE deu publicidade às autoridades criminais da conduta de cartel condenada na esfera administrativa?	Houve análise simultânea ou concomitante, na esfera administrativa e criminal, da prática de cartel?	O CADE deu publicidade às autoridades civis da decisão condenatória da esfera administrativa?	Em casos de cartel internacional, o CADE fez uso de algum instrumento de cooperação internacional?
1. 08000.015337/1997-48	27.10.1999	Sim, ao MPF, para providências penais.	Sim. Justiça Federal Ação n. 2005.61.81.900422-3 (9ª Vara Criminal de São Paulo). Houve absolvição.	Não.	Não se aplica.
2. 08012.009118/1998-26	27.06.2001	Sim, ao MPF.	Não foram encontradas informações.	Não expressamente, mas deu publicidade da decisão à Petrobrás, ao TCU e ao MPF.	Não se aplica.
3. 08012.002299/2000-18	27.03.2002	Não.	Sim. A investigação criminal deu início ao processo administrativo. (Processo Criminal n. 179/00 da 1ª Vara Criminal da Comarca de Florianópolis). Houve extinção da punibilidade.	Não expressamente, mas deu publicidade da decisão ao Ministério de Minas e Energia; Agência Nacional do Petróleo (ANP); ao Governo do Estado de Santa Catarina e à Prefeitura de Florianópolis; Banco do Brasil S/A; Caixa Econômica Federal; e Banco Central do Brasil.	Não se aplica.
4. 08012.004036/2001-24	23.07.2003	Deu publicidade da decisão ao Ministério Público de Santa Catarina.	Sim. Investigação criminal deu início ao processo administrativo (Processo Crime 039.01.005899-9.01.11.2006 – 2ª Vara Criminal da Comarca de Lages). Houve condenação.	Não expressamente, mas deu publicidade da decisão ao Ministério Público de Santa Catarina.	Não se aplica.

⁴⁵⁶ Esta data não leva em conta o julgamento de eventuais recursos administrativos.

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento ⁴⁵⁶	Questões dissuasórias			
		O CADE deu publicidade às autoridades criminais da conduta de cartel condenada na esfera administrativa?	Houve análise simultânea ou concomitante, na esfera administrativa e criminal, da prática de cartel?	O CADE deu publicidade às autoridades civis da decisão condenatória da esfera administrativa?	Em casos de cartel internacional, o CADE fez uso de algum instrumento de cooperação internacional?
5. 08012.000677/1999-70	09.09.2004	Não.	Não foram encontradas informações.	Não.	Não se aplica.
6. 08012.002097/1999-81	09.03.2005	Não.	Não foram encontradas informações.	Não.	Não se aplica.
7. 08012.009088/1999-48	13.10.2005	Não.	Sim. Houve IP n. 2000.62.81.006535-7, mas este foi arquivado.	Não.	Não se aplica.
8. 08012.002127/2002-14	13.07.2005	Não expressamente, mas deu publicidade da decisão MPF e MPE-SP.	Sim. IP 050.03.089403-4 (27ª Vara Criminal da Capital de São Paulo). Houve suspensão condicional do processo.	Não expressamente, mas deu publicidade da decisão MPF e MPE-SP.	Não se aplica.
9. 08012.004086/2000-21	23.09.2005	Não.	Não foram encontradas informações.	Não.	Não se aplica.
10. 08012.000099/2003-73	22.02.2006	Não.	Não foram encontradas informações.	Não. Mas, há menção no relatório e voto do Relator, sobre a existência prévia de Inquérito Civil Público n.488/02 –MP-PJCS-PC.	Não se aplica.
11. 08012.007602/2003-11	17.01.2007	Não.	Não foram encontradas informações.	Não.	Não se aplica.
12. 08012.004599/1999-18	11.04.2007	Não.	Não foram encontradas informações.	Não.	Não.
13. 08012.001826/2003-10	19.09.2007	Não.	Não foram encontradas informações.	Não expressamente, mas deu publicidade da decisão ao Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal; Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul;	Não se aplica.

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento ⁴⁵⁶	Questões dissuasórias			
		O CADE deu publicidade às autoridades criminais da conduta de cartel condenada na esfera administrativa?	Houve análise simultânea ou concomitante, na esfera administrativa e criminal, da prática de cartel?	O CADE deu publicidade às autoridades civis da decisão condenatória da esfera administrativa?	Em casos de cartel internacional, o CADE fez uso de algum instrumento de cooperação internacional?
				Governo do Rio Grande do Sul e Santa Catarina; Prefeituras do Município de Chapecó e listou os 30 municípios mais populosos do Rio Grande do Sul.	
14. 08012.002493/2005-16	28.11.2007	Não.	Sim. PA n. 1.20.000732/2004 instaurado pelo Procurador da República do Mato Grosso.	Não.	Não se aplica.
15. 08012.006019/2002-11	09.07.2008	Sim, ao MPF para apurar a conduta criminal.	Não foram encontradas informações.	Não.	Não se aplica.
16. 08012.000283/2006-66	17.12.2008	Não expressamente, mas deu publicidade da decisão ao MPE-RS.	IP n. 308/05 PA n. 1174/2005	Não expressamente, mas deu publicidade da decisão ao MPE-RS.	Não se aplica.
17. 08012.006241/1997-03	07.10.2009	Houve menção expressa de remessa da decisão ao MPF para apuração do ilícito criminal, no voto vista do Conselheiro César Mattos e na Declaração de voto do Presidente Badin, mas não há menção no acórdão.	Não foram encontradas informações.	Não.	Não se aplica.
18. 08012.009888/2003-70	01.09.2010	Sim, à 3ª Vara Criminal Federal da Primeira Subseção Judiciária do Estado de São Paulo, onde tramita a Ação n. 0004517.95.2009.403.6181,	Ação n. 0004517.95.2009.403.6181 (2009.61.81.0004517-9) – 3ª Vara Criminal Federal da Primeira Subseção Judiciária do Estado de São Paulo.	Sim. Com referência na doutrina do <i>treble damages</i> dos Estados Unidos, enviou cópia da decisão às seguintes organizações: Conselho Federal de Medicina,	Não houve uso dos instrumentos de cooperação, mas o CADE considerou decisões de outras jurisdições em sua

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento ⁴⁵⁶	Questões dissuasórias			
		O CADE deu publicidade às autoridades criminais da conduta de cartel condenada na esfera administrativa?	Houve análise simultânea ou concomitante, na esfera administrativa e criminal, da prática de cartel?	O CADE deu publicidade às autoridades civis da decisão condenatória da esfera administrativa?	Em casos de cartel internacional, o CADE fez uso de algum instrumento de cooperação internacional?
				Confederação da Indústria, Associação Nacional de Hospitais Privados, Federação Brasileira de Hospitais, Ministério da Saúde, Ministério das Cidades, e SABESP.	análise.
19. 08012.005495/2002-14	14.09.2011	Não expressamente, mas deu publicidade da decisão ao MPE-RS.	Pré-existência de Ação criminal (053/2.03.000598-0 – Comarca de Guaporé – RS; Apelação Crime 70017858093). Houve condenação.	Não expressamente, mas deu publicidade da decisão ao MPE-RS. Pré-existência de Ação Civil Pública.	Não se aplica.
20. 08012.004702/2004-77	09.05.2012	Não expressamente, mas deu publicidade da decisão ao MPF e MPE-SP.	Sim. Ação criminal após celebração de acordo de leniência, Processo 050.05.086892-6 (2ª Vara Criminal da Capital de São Paulo). Houve suspensão condicional do processo.	Não expressamente, mas deu publicidade da decisão ao MPF e MPE-SP.	Não houve uso dos instrumentos de cooperação, mas o CADE considerou decisões de outras jurisdições em sua análise.
21. 08012.010215/2007-96	06.03.2013	Não.	Pré-existência de Ação criminal. (Processo 010/2.07.0005209-7 – 3ª Vara Criminal do Rio Grande do Sul; fase de apelação: Apelação crime 70039426382/2010-100). Houve absolvição.	Pré-existência de Ação Civil Pública.	Não se aplica.
22. 08012.004472/2000-12	06.03.2013	Não.	Pré-existência de Ação criminal (98.1304703-8 – 1ª Vara da 8ª	Não.	Não se aplica.

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento ⁴⁵⁶	Questões dissuasórias			
		O CADE deu publicidade às autoridades criminais da conduta de cartel condenada na esfera administrativa?	Houve análise simultânea ou concomitante, na esfera administrativa e criminal, da prática de cartel?	O CADE deu publicidade às autoridades civis da decisão condenatória da esfera administrativa?	Em casos de cartel internacional, o CADE fez uso de algum instrumento de cooperação internacional?
			Subseção Judiciária/SP)		
23. 08012.001003/2000-41	06.03.2013	Não.	Pré-existência de IP n. 149/2001, da 10ª Subdivisão Policial de Londrina-PR e Ação Penal n. 180/2002, da 5ª Vara Criminal da Comarca de Londrina-PR	Não.	Não se aplica.
24. 08012.003745/2010-83	20.03.2013	Não expressamente, mas deu publicidade da decisão ao MPE-RJ, ao MPF do Município de São João do Meriti e à Secretaria de Direitos Autorais do Ministério da Cultura. Além disso, remeteu-se cópia da decisão a alguns senadores.	Não foram encontradas informações.	Não expressamente, mas deu publicidade da decisão ao MPE-RJ, ao MPF do Município de São João do Meriti e à Secretaria de Direitos Autorais do Ministério da Cultura. Além disso, remeteu-se cópia da decisão a alguns senadores.	Não se aplica.
25. 08012.004039/2001-68	22.05.2013	Não.	Pré-existência de investigação criminal, com prisão em flagrante e aplicação de pena multa como pena alternativa. (Ação Penal 3019-5/2001 - Circunscrição Judiciária de Sobradinho – DF). Houve transação penal.	Não.	Não se aplica.
26. 08012.004573/2004-17*	19.06.2013	Não expressamente, mas deu publicidade da decisão ao MPE-RS e ao TJ-RS.	Pré-existência de investigação criminal. (Processo 20500115990 – Comarca de Santa Maria; fase de apelação n.70018118026 – Quarta Câmara Criminal do	Não expressamente, mas deu publicidade da decisão ao MPE-RS e ao TJ-RS. Pré-existência de Ação Civil Pública n. 027/1.05.0004158-	Não se aplica.

Nº do Processo Administrativo	Data do Julgamento ⁴⁵⁶	Questões dissuasórias			
		O CADE deu publicidade às autoridades criminais da conduta de cartel condenada na esfera administrativa?	Houve análise simultânea ou concomitante, na esfera administrativa e criminal, da prática de cartel?	O CADE deu publicidade às autoridades civis da decisão condenatória da esfera administrativa?	Em casos de cartel internacional, o CADE fez uso de algum instrumento de cooperação internacional?
			TJRS).	2.	
27. 08012.007149/2009-39*	19.06.2013	Não expressamente, mas deu publicidade da decisão ao MPE-RS e ao TJ-RS.	Pré-existência de investigação criminal. (fase de apelação n.70018118026 – Quarta Câmara Criminal do TJRS).	Não expressamente, mas deu publicidade da decisão ao MPE-RS e ao TJ-RS. Pré-existência de Ação Civil Pública n. 027/1.05.0004158-2.	Não se aplica.
28. 08012.011027/2006-02	28.08.2013	Não.	Sim. Processo 050.07.025115-0 (27ª Vara Criminal da Capital de São Paulo). Houve suspensão condicional do processo. MPF e MPE-SP constaram como intervenientes-anuentes do acordo de leniência.	Não.	Não expressamente, mas o CADE buscou informações sobre as análises e condenações em outras jurisdições.
29. 08012.011668/2007-30	23.10.2013	Não.	Pré-existência de Ação Penal n. 2007.5531-5 (3ª Vara Criminal de Londrina).	Não.	Não se aplica.

*Tais processos foram analisados e decididos conjuntamente.