



Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro



Vol. nº 186, ago. 2023/dez. 2023

RDM 186

Doutrina e Atualidades:

- 1 - Cartéis, ilícito por objeto e por efeitos: Ônus da prova e dosimetria da sanção (Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer)
- 2 - Movimento neobrandeísiano em meio aos objetivos do antitruste: Não apenas "processo competitivo" (Rodrigo Fialho Borges)
- 3 - Arbitragem como meio para obtenção de reparação de danos concorrenciais (Monique Herwig)
- 4 - Os efeitos dos acordos celebrados com o CADE nas ações de reparação de danos concorrenciais: Fomento ou bloqueio às indenizações? (João Otávio Bacchi Gutiniéki)
- 5 - Direito (Histórico-Concorrencial) do Vinho: A Denominação de Origem como Mecanismo de Proteção da Concorrência e do Consumidor (Wilson Seraine da Silva Neto)
- 6 - Proporcionalidade ou insegurança: Os debates em torno da estimação da vantagem auferida pelo CADE (Antonio Carlos Haddad Júnior)
- 7 - "Interlocking Directorates" nas companhias - Possível violação de deveres fiduciários e implicações concorrenciais (Luiza Camilo de Souza)
- 8 - Abuso de poder econômico em mercados digitais: Aplicabilidade da essential facilities doctrine (Felipe Carvalho Eleutério de Lima)
- 9 - Design de produto e os limites do antitruste: Considerações sobre vieses de decisão e custos do erro (Pedro Pendeza Anitelle)
- 10 - Nem tudo é dinheiro: A importância dos efeitos não relacionados a preço nas análises de atos de concentração (Beatriz Kenchian; Gabriela Alegret)

ISBN 978-65-6006-107-1



9 786560 061071 >

IDGLOBAL
Instituto de Direito Global

 **rdm**
revista de direito mercantil

 **EXPERT**
EDITORIA DIGITAL

Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
industrial, econômicoe financeiro
186

Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Comercial
Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli do Departamento de
Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo

Ano LXII (Nova Série)
Agosto 2023/Dezembro 2023

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
Industrial, econômico e financeiro
Nova Série – Ano LXII – n. 186 – ago. 2023/dez. 2023

FUNDADORES:

1 a FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: Profs. Philomeno J. Da Costa E Fábio Konder Comparato

CONSELHO EDITORIAL:

Alexandre Soveral Martins

Carlos Klein Zanini

Jorge Manuel Coutinho de Abreu

Judith Martins-Costa

Paulo de Tarso Domingues

Rui Pereira Dias

Ana de Oliveira Frazão

Gustavo José Mendes Tepedino

José Augusto Engrácia Antunes

Luís Miguel Pestana de Vasconcelos

Ricardo Oliveira Garcia

Sérgio Campinho

COMITÉ DE REDAÇÃO:

Antonio Martín

Calixto Salomão Filho

Eduardo Secchi Munhoz

Francisco Satiro De Souza Junior

José Alexandre Tavares Guerreiro

Juliana Krueger Pela

Mauro Rodrigues Penteadó

Marcos Paulo De Almeida Salles

Newton de Lucca

Paulo Fernando Campos Salles De Toledo

Priscila Maria Pereira Corrêa Da Fonseca

Balmes Vega Garcia

Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa

Erasmus Valladão Azevedo E Novaes
França

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa

José Marcelo Martins Proença

Luiz Gastão Paes de Barros Leães

Manoel De Queiroz Pereira Calças

Marcelo Vieira Von Adamek

Paula Andréa Forgioni

Paulo Frontini

Rachel Sztajn

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer
Ruy Camilo Pereira Junior
Vinícius Marques De Carvalho

Rodrigo Octávio Broglia Mendes
Sheila Christina Neder Cerezetti
Vitor Henrique Pinto Ido

COORDENADORES ASSISTENTES DE EDIÇÃO:

Matheus Chebli De Abreu

Michelle Baruhm Diegues

ASSESSORIA DE EDIÇÃO DISCENTE:

Beatriz Leal de Araújo Barbosa da Silva
Heloisa de Sena Muniz Campos
Luma Luz
Rafaela Vidal Codogno

Daniel Fermann
Larissa Fonseca Maciel
Maria Eduarda da Matta Ribeiro Lessa
Virgílio Maffini Gomes

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

Publicação semestral da Editora Expert LTDA

Rua Carlos Pinto Coelho, CEP 30664790 Minas Gerais, BH – Brasil

Diretores: Luciana de Castro Bastos, Daniel Carvalho

Direção Executiva: Luciana de Castro Bastos

Direção Editorial: Daniel Carvalho

Diagramação e Capa: Editora Expert

Revisão: Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

AUTORES: Antonio Carlos Haddad Júnior, Beatriz Kenchian, Felipe Carvalho Eleutério de Lima, Gabriela Alegret, João Otávio Bacchi Gutinieki, Luiza Camilo de Souza, Monique Herwig, Pedro Pendeza Anitelle, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Rodrigo Fialho Borges, Wilson Seraine da Silva Neto.

ISBN: 978-65-6006-107-1

Publicado Pela Editora Expert, Belo Horizonte, Abril de 2024

A Revista de Direito Mercantil agradece ao Instituto de Direito Global pelo fomento à publicação deste volume.

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br



AUTORES

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre, Doutor e Livre-Docente pela Faculdade de Direito da USP. Procurador do Estado de São Paulo nível V, chefiando a Consultoria Jurídica da Secretaria de Esportes. Foi Diretor Executivo da Fundação PROCON de São Paulo, Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Consultor Jurídico do Ministério da Justiça e Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Foi membro do Conselho Consultivo da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e do Conselho de Orientação de Saneamento Básico da Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo (Arseps). Foi Presidente do Instituto de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon) e integrou a Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal para atualização do Código de Defesa do Consumidor.

Rodrigo Fialho Borges

Professor da Graduação e do Mestrado Profissional na FGV Direito SP. Doutor em Direito Comercial e bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisador visitante na University of Pennsylvania Law School (2018-2019). Coordenador do Grupo de Estudos em Fusões e Aquisições (GEM&A) da FGV Direito SP. Sócio no PGLaw.

Monique Herwig

Advogada. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2023).

Joao Otavio Bacchi Gutinieki

Mestre em Direito Econômico e Economia Política e doutorando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP). Advogado.

Wilson Seraine da Silva Neto

Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (CEDIPRE/FDUC). Pós-graduando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Advogado e Consultor Jurídico.

Antonio Carlos Haddad Júnior

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e pós graduando *lato sensu* em Direito Concorrencial e Regulatório pela Fundação Getulio Vargas (FGV). Advogado especializado em Direito Concorrencial em Lefosse Advogados.

Luiza Camilo de Souza

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), reconhecida com indicação aos prêmios “Barão do Rio Branco” e “Raphael Magalhães e Cândido Neves” por ter se destacado entre os melhores alunos que concluíram o curso, tanto em notas globais como na área específica de Direito e Processo Civil e Comercial (DIC). Assessora no Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade. Realizou intercâmbio acadêmico internacional na Universidad Nacional de Cuyo, na Argentina. Participou da 43ª edição do Programa de Intercâmbio do CADE (PinCade). Possui interesses nas áreas de Direito Empresarial, Contratos, Regulatório e Antitruste.

Felipe Carvalho Eleutério de Lima

Mestrando em Direito Comercial pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela PUC-SP, com semestre acadêmico cursado na The Hague University of Applied Sciences (THUAS), de Haia, Holanda. Advogado em São Paulo.

Pedro Pendeza Anitelle

Bacharel em Direito e mestrando em Filosofia e Teoria do Direito, ambos na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Beatriz Kenchian

Advogada em Direito Concorrencial no escritório Stocche Forbes Advogados, bacharel em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) com diploma de dupla graduação em direito francês pela Universidade Lumière Lyon 2. Gerente do programa WIA Mentoria da Associação Women in Antitrust.

Gabriela Alegret

Graduanda em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e estagiária em Direito Concorrencial no escritório Stocche Forbes Advogados. Integrante do Grupo de Estudos em Direito Concorrencial da USP.

SUMÁRIO

Cartéis, ilícito por objeto e por efeitos: ônus da prova e dosimetria da sanção 15

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer

Movimento neobrandeisiano em meio aos objetivos do antitruste: não apenas “processo competitivo” 57

Rodrigo Fialho Borges

Arbitragem como meio para obtenção de reparação de danos concorrenciais 139

Monique Herwig

Os efeitos dos acordos celebrados com o cade nas ações de reparação por danos concorrenciais: fomento ou bloqueio às indenizações? .. 165

João Otávio Bacchi Gutinieki

Direito (histórico-concorrencial) do vinho: a denominação de origem como mecanismo de proteção da concorrência e do consumidor . 189

Wilson Seraine da Silva Neto

Proporcionalidade ou insegurança: Os debates em torno da estimação da vantagem auferida pelo CADE 215

Antonio Carlos Haddad Júnior

“*Interlocking directorates*” nas companhias: possível violação de deveres fiduciários e implicações concorrenciais..... 253

Luiza Camilo de Souza

Abuso de poder econômico em mercados digitais: aplicabilidade da <i>essential facilities doctrine</i>	291
<i>Felipe Carvalho Eleutério de Lima</i>	
<i>Design</i> de produto e os limites do antitruste: considerações sobre viéses de decisão e custos do erro	333
<i>Pedro Pendeza Anitelle</i>	
Nem tudo é dinheiro: a importância dos efeitos não relacionados a preço nas análises de atos de concentração	371
<i>Beatriz Kenchian , Gabriela Alegret</i>	

CARTÉIS, ILÍCITO POR OBJETO E POR EFEITOS: ÔNUS DA PROVA E DOSIMETRIA DA SANÇÃO

CARTELS, RESTRICTIONS BY OBJECT AND EFFECT: BURDEN OF PROOF AND DOSIMETRY OF SANCTION

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer (USP, São Paulo)

Resumo

O artigo analisa a dinâmica da repartição de ônus da prova da ocorrência de cartéis em dois paradigmas: 1- ilícito por objeto, aplicável aos cartéis “clássicos”, no qual há presunção relativa de ocorrência de efeitos anticoncorrenciais em razão do objeto perseguido pela conduta e; 2- ilícito pelos efeitos, aplicável aos cartéis “difusos” e às demais infrações contra a ordem econômica, no qual incumbe à autoridade de defesa da concorrência a demonstração dos efeitos anticoncorrenciais advindas da conduta.

Os dois regimes permitem que a empresa acusada demonstre a não ocorrência de efeitos anticoncorrenciais, comprovando, por exemplo, que não seguiu o preço acordado pelos efetivos participantes, podendo robustecer a prova demonstrando ausência de racionalidade econômica em integrar o cartel.

O ensaio acentua a necessidade de rigor na demonstração de efetivo envolvimento de todas as rés no cartel, inclusive as empresas com suposta participação acessória, que não podem ser condenadas apenas em decorrência de acordos de leniência e termos de cessação de conduta mencionarem a sua presença no cartel.

O artigo defende a tese de que a dosimetria da sanção aplicada às empresas envolvidas em cartéis deve variar de acordo com a espécie de participação que for comprovada. Consequentemente, nas hipóteses de participação não apenas acessória, mas também ocasional, a sanção a ser imposta a tais participantes deve ter como parâmetro a pena base dos cartéis “difusos”, dado que o seu envolvimento pontual

não foi decisivo para a estabilidade, institucionalidade e longa duração do cartel “clássico”.

Abstract

The article analyzes the dynamics of the burden of proof of cartels in two paradigms: 1- Restrictions by object, applicable to hard core cartels, in which there is a relative presumption of the occurrence of anti-competitive effects due to the object pursued by the conduct and; 2- Restrictions by effects, applicable to “diffuse” cartels and other anti-competitive conducts, in which it is the competition defense authority’s responsibility to demonstrate the anti-competitive effects arising from the misconduct.

Both regimes allow the defendant to demonstrate the non-occurrence of anti-competitive effects, proving, for example, that it did not follow the price agreed by the actual participants, being able to strengthen the evidence by demonstrating the absence of economic rationality in joining the cartel.

The essay emphasizes the need for rigor in demonstrating the effective involvement of all defendants in the cartel, including companies with alleged accessory participation, which cannot be condemned only as a result of leniency agreements and terms of cessation of conduct mentioning their presence in the cartel.

The article defends the thesis that the dosimetry of sanctions applied to companies involved in cartels must vary according to the type of participation that is proven. Consequently, in cases of participation that is not only accessory, but also occasional, the sanction to be imposed on such participants must have as a parameter the base penalty of “diffuse” cartels, given that their punctual involvement was not decisive for the stability, institutionality and long duration of the “hard core” cartel.

Palavras-Chave: Cartel clássico – Cartel Difuso – Ilícito pelo objeto - Ilícito pelos efeitos – Ônus da prova - Participação Acessória – Dosimetria da sanção.

Keywords: Hard core cartel – Diffuse Cartel – Restrictions by object - Restrictions by effects – Burden of proof - Accessory Participation – Dosimetry of sanctions.

Sumário: I. Introdução. II. Cartel e suas espécies. II.1. Cartel clássico ou hard core. II.2. Cartel difuso ou pontual. III. Os paradigmas de repartição do ônus de prova em cartel. III.1. Ilícito *per se*. III.2. Regra da razão. III.3. Ilícito pelos efeitos. III.4. Ilícito pelo objeto. IV. Grau de participação em cartel. IV.1. Líderes. IV.2. Participantes destacados. IV.3. Participantes acessórios. IV.4. Participação pontual ou difusa em cartel hard core. V. Dosimetria na aplicação de sanção pecuniária. VI. Conclusões. VII. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O artigo faz a diferenciação entre cartéis clássicos e cartéis difusos, para então analisar os seus respectivos enquadramentos em quatro paradigmas de repartição do ônus da prova e subsunção ao tipo infração da ordem econômica: ilícito *per se*, regra da razão, ilícito por objeto e ilícito pelos efeitos.

É acentuado que até o julgamento do Processo Administrativo 08012.006923/2002-18, em 20 de fevereiro de 2013¹, o CADE enquadrava os cartéis no regime de análise da regra da razão, segundo a qual caberia à autoridade antitruste a demonstração da incidência concreta ou potencial de efeitos anticoncorrenciais, sendo possível que os representados comprovassem a irracionalidade do seu envolvimento no cartel.

A partir do julgamento do Processo Administrativo 08012.006923/2002-18 a jurisprudência do CADE adotou o entendimento de que os cartéis clássicos são passíveis de enquadramento na categoria ilícito por objeto, em que há presunção relativa dos efeitos

1 FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Cartéis e Indução a Conduta Uniforme: infrações por objeto ou *per se*? O tema à luz do sistema jurídico brasileiro. In: RODAS, João Grandino. *Direito Concorrencial: Avanços e Perspectivas*, vol. 5, livro 1. Curitiba: Editora Prismas, 2018, pg. 343.

anticoncorrenciais, enquanto os cartéis difusos se enquadram no regime do ilícito pelos efeitos, incumbindo à autoridade de defesa da concorrência a demonstração dos efeitos deletérios que, assim, não são presumidos.

O artigo ressalta que o paradigma do ilícito por objeto opera uma presunção relativa e não absoluta da ocorrência de efeitos anticoncorrenciais potenciais ou concretos, admitindo a prova de não incidência de efeitos sobre a concorrência e a discussão sobre a razoabilidade e racionalidade econômica da conduta. Assim, por exemplo, é facultado à empresa acusada de participação em cartel apresentar prova de que possui uma estrutura diferenciada de custos e não praticou os preços supostamente acordados como forma de demonstrar que não estava envolvida na prática do conluio.

Neste contexto, a autoridade de defesa da concorrência não pode desconsiderar a eventual contraprova efetivada por empresas de que não ocorreram efeitos anticoncorrenciais e que eles sequer poderiam ter sido produzidos em decorrência da ausência de racionalidade econômica.

O ensaio acentua que as autoridades de Defesa da Concorrência devem ter o mesmo rigor para a comprovação de todas as espécies de participação na prática do cartel, não podendo ocorrer o automatismo de condenar as empresas acusadas de menor participação em cartel pela mera menção ao seu envolvimento pelas demais empresas².

O artigo aborda também a dosimetria da sanção que deve ser empregada para as participações acessórias em cartel, enfatizando que a sanção a ser aplicada às empresas envolvidas em cartéis varia de acordo com a espécie de participação que for comprovada pela autoridade sancionatória.

² Uma das principais razões para a pequena importância dada à análise da comprovação de participação acessória decorre do fato de a maioria das condenações de apreciação de cartéis valer-se de provas auferidas a partir de acordos de leniência e termos de cessação de conduta e das respectivas buscas e apreensões instauradas, nas quais são angariados elementos que demonstram a ocorrência do cartel e da participação das empresas líderes e com atuação destacada, mas que contém provas frágeis sobre o efetivo envolvimento de empresas com participação acessória.

O ensaio defende a tese de que nas hipóteses de acusação de participação não apenas acessória, mas também ocasional e difusa, a pena base deve ser distinta da aplicada a empresas que tiveram participação constante no período da duração do cartel, devendo ter como parâmetro a pena base dos cartéis difusos.

II. CARTEL E SUAS ESPÉCIES.

No Brasil, a tipificação de uma infração da ordem econômica é estabelecida pelo art. 36, *caput*, da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que repete a redação dada pelo revogado artigo 20 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994:

“Art. 36. 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.”

O tipo é substancialmente aberto, uma vez que remete ao objeto e aos efeitos listados nos seus quatro incisos, o que demanda que as especificidades de cada caso concreto sejam analisadas pela autoridade de defesa da concorrência para que se conclua quanto à ilicitude da conduta³.

Tanto a revogada Lei nº 8.884/94 (em seu art. 21) quanto a vigente Lei nº 12.529/2011 (em seu art. 36, § 3º) enumeram exemplos de condutas que configuram infração da ordem econômica na medida

³ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

em que configurem hipótese prevista no caput dos aludidos artigos 36 da Lei nº 12.529/2011 e 20 da Lei nº 8.884/94:

“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;

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

A circunstância do tipo ser substancialmente aberto, característica que segue o padrão mundial, fez com que fossem desenvolvidos critérios para apurar a gravidade das condutas comumente lesivas à concorrência e estipular presunções sobre ilicitudes e repartições de ônus da prova.

Dentre as categorias criadas, duas delas interessam ao presente artigo: a distinção entre cartel clássico e cartel difuso e as categorias ilícito *per se*, regra da razão, ilícito pelo objeto e ilícito pelos efeitos.

Há consenso de que a formação de cartel é a mais grave de todas as infrações contra a ordem econômica, por ser a espécie de conduta que maior prejuízo traz ao ambiente concorrencial e que mais diretamente impacta o consumidor⁴. Efetivamente, os cartéis

4 INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Defining Hard Core Cartel Conduct: Effective Institutions, Effective Penalties*. Luxembourg: ICN Working Group on Cartels,

redundam em alteração da estrutura concorrencial, limitando o poder de escolha do consumidor, na medida em que, ao uniformizarem preços e diminuírem a oferta, qualidade e diversificação de produtos e serviços, restringem a sua liberdade de escolha.

A depender do ângulo em que se analise, é possível efetivar diversas categorizações de cartel⁵. No presente artigo é enfatizada a perspectiva que distingue os cartéis em função da sua estabilidade, institucionalização e conteúdo dos acordos, que podem ser divididos em: 1- *hard core* ou clássicos e 2- difusos ou pontuais. Isto porque a distinção possui grande relevância para o padrão de prova exigível, para a dinâmica e distribuição do ônus da prova e para a dosimetria da sanção.

II.1. CARTEL CLÁSSICO OU *HARD CORE*.

A expressão cartel “*hard core*” foi utilizada pela primeira vez pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em recomendação dirigida a seus membros para que priorizassem o combate a cartéis, nos seguintes termos:

“Um cartel *hard core* é um acordo anticompetitivo, prática concertada anticompetitiva ou arranjo anticompetitivo por concorrentes para fixar preços, fazer licitações fraudulentas (propostas colusivas), estabelecer restrições de produção ou cotas ou compartilhar ou dividir mercados alocando clientes, fornecedores, territórios ou linhas de comércio”⁶.

2005. Disponível em: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/CWG_BuildingBlocks.pdf. Acesso em 05.01.2024.

5 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. 16-19.

6 ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. Recommendation of the OECD council concerning effective action against hard core cartels, Paris: OECD, 1998. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/recommendationconcerningeffectiveactionagainsthhardcorecartels.htm>. Acesso

A mesma recomendação estabeleceu uma distinção entre outras hipóteses de acordos, conluíus e práticas concertadas que não constituiriam cartéis “*hard core*” e, assim, deveriam ter um tratamento diferenciado:

“b) A categoria de *hard core* cartel não inclui acordos, práticas combinadas ou arranjos que (i) estão razoavelmente relacionados à realização legal de eficiências de redução de custos ou aumento de produção, (ii) são excluídos direta ou indiretamente da cobertura de um Membro próprias leis do país, ou (iii) são autorizados de acordo com essas leis”⁷.

No Brasil, a expressão cartel *hard core* foi utilizada pioneiramente pelo CADE no julgamento do Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14 que apreciou o “cartel das britas”, tendo sido utilizada a seguinte definição:

“Cartel *hard core*, clássico ou integral é definido como 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 entrada de novas empresas no mercado. Este tipo de cartel opera através de um mecanismo de coordenação institucionalizado,

em 12.02.2002. Tradução livre do original em inglês: “A “hard core cartel” is 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”.

7 ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. Recommendation of the OECD council concerning effective action against hard core cartels, Paris: OECD, 1998. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>. Acesso em 12.02.2002. Tradução livre do original em inglês: “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 authorized in accordance with those laws”.

podendo ser através de reuniões periódicas, manuais de operação, princípios de comportamento, etc. Isto é, sua ação não decorre de uma situação eventual de coordenação, mas de construção de mecanismos permanentes para alcançar seus objetivos”.⁸

Os requisitos para a configuração do cartel clássico foram sendo sedimentados pela jurisprudência do CADE, que paulatinamente estabeleceu quais seriam os elementos que deveriam estar presentes para que o conluio fosse considerado um cartel *hard core* e não um cartel difuso.

Destaco o seguinte trecho de voto vogal proferido em julgamento de processo administrativo que resumiu com precisão os requisitos necessários para a configuração do cartel clássico de acordo com a jurisprudência do CADE:

“(...) verifico que recentemente tem surgido a ideia de que para que um cartel seja configurado como *hard core*, teriam que estar presentes sete elementos no conjunto probatório, quais sejam: 1) ser institucional; 2) ser perene; 3) ter estrutura organizacional para a operacionalização do cartel; 4) ter mecanismos de punição e bonificação para os membros; 5) fazer esforços pela ocultação e percepção da ilicitude, 6) distribuir projetos buscando manter as participações de mercado e 7) fazer esforço para dificultar a atuação ou excluir players não alinhados”⁹.

Nota-se nos julgamentos do CADE a preocupação de demonstrar a presença específica de cada um dos elementos para reforçar a

8 CADE. Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14. Relator: Conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Julgado em 13.07.2005.

9 Voto vogal da Conselheira Cristiane Schimdt no seguinte julgado: CADE. Processo Administrativo nº 08700.001859/2010-31 Relatora: Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira. Julgado em 04.07.2018.

pertinência do enquadramento na categoria cartel *hard core*¹⁰. Há, ênfase sobretudo na “estruturação institucionalizada e permanente, que visa à manutenção e à durabilidade do acordo por meio de mecanismos de controle e coordenação entre os participantes”¹¹.

Existem precedentes do CADE que entendem ser possível o enquadramento da conduta como cartel clássico ainda que não incidentes de modo concomitante todas as suas características típicas, devendo, no entanto, ser circunstancialmente demonstrado no caso concreto que a eventual ausência de um ou mais requisitos não retira a característica clássica do cartel¹².

II.2. CARTEL DIFUSO OU PONTUAL.

O cartel difuso, pontual ou ocasional é aquele que não apresenta o caráter de institucionalidade e perenidade, sendo, assim, um conluio eventual para troca de informações sensíveis ou até mesmo concerto de preços e práticas comerciais, mas de modo eventual ou sem mecanismos institucionais.

No pioneiro julgamento do Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14 foi efetivada a seguinte definição para o cartel difuso:

“No lado oposto “[cartel difuso] é um ato de coordenação da ação entre empresas com objetivo

10 CADE. Processo Administrativo nº 08012.001376/2006-16, Relatora: Conselheira Polyana Vilanova. Julgado em: 23.05.2018.

11 CADE. Processo Administrativo nº 08012.001600/2006-61. Relator: Conselheiro Paulo Burnier. Julgado em 16.03.2016.

12 Aludo novamente ao voto vogal da Conselheira Cristiane Schimdt em: CADE. Processo Administrativo nº 08700.001859/2010-31 Relatora: Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira. Julgado em 04.07.2018. A Conselheira acentuou, por exemplo, que a perenidade e estabilidade não estão presentes em cartéis de postos de combustíveis, que normalmente apresentam as demais características típicas de cartel *hard core*.

similar ao Cartel Clássico, mas de caráter eventual e não institucionalizado”¹³.

Assim, ao contrário do cartel clássico, o conluio difuso não possui caráter estável, não é institucionalizado, sendo dotado de uma natureza eventual, com acordos pontuais entre empresas, que muitas vezes se reúnem em situações específicas para acordarem uniformização de conduta comercial, especialmente o preço, normalmente em decorrência de fatores que as afetam simultaneamente em um determinado momento¹⁴.

III. OS PARADIGMAS DE REPARTIÇÃO DO ÔNUS DE PROVA EM CARTEL.

A tipologia aberta das infrações da ordem econômica motivou o aparecimento de diversas teorias acerca da melhor forma de identificar: 1- os fatos que devem ser provados; 2- as presunções que incidem a depender da espécie de cartel e; 3- a distribuição do ônus da prova.

Desenvolveu-se no âmbito do direito concorrencial duas dicotomias para o padrão de prova de um ilícito concorrencial: a- ilícito *per se* versus regra da razão e b- ilícito por objeto versus ilícito pelos efeitos.

A primeira dicotomia foi desenvolvida nos Estados Unidos da América, enquanto a segunda é própria da União Europeia. Há grande divergência sobre se elas também deveriam ser aplicadas no direito

13 CADE. Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14. Relator: Conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Julgado em 13.07.2005.

14 São, assim, destituídos de mecanismos institucionais, como o monitoramento do comportamento dos integrantes do cartel para averiguar se eles cumprem os acordos efetivados, a repressão a condutas desviantes dos acordos do cartel, a continuidade por longo período sem interrupções em seu funcionamento, normalmente apenas cessado a partir da descoberta de sua operação por autoridade administrativa ou criminal. Ver, a propósito: GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2012.

concorrencial brasileiro, sendo, assim, pertinente a análise de seus principais fundamentos.

III.1. ILÍCITO *PER SE*.

A regra *per se* foi desenvolvida nos Estados Unidos no caso *Socony Vacuum*, no qual houve uma conspiração entre empresas que produziam e distribuíam gasolina no meio oeste dos EUA para reduzir as quantidades ofertadas e elevar preços. Entendeu a Suprema Corte que não haveria necessidade de ser aprofundada a investigação sobre a possibilidade de serem gerados efeitos deletérios a concorrência, pois as características da conduta por si só demonstravam a sua nocividade, devendo assim ser estabelecida uma presunção absoluta de ilicitude¹⁵.

Na dinâmica da regra *per se*, a autoridade de defesa da concorrência necessita efetivar a prova tão somente da ocorrência da conduta (demonstração da efetiva existência do cartel) e da autoria (comprovação de que as empresas acusadas efetivamente fizeram parte do cartel)¹⁶.

Provada a ocorrência do cartel e a participação das acusadas, incide uma presunção absoluta do seu caráter ilícito, não havendo, assim, necessidade de ser demonstrada a ocorrência potencial ou efetiva de efeitos danosos sobre a concorrência.

É ainda vedado às empresas acusadas efetivarem a prova de que a conduta seria razoável do ponto de vista econômico, em decorrência do caráter absoluto da presunção de nocividade da conduta, que não admite prova em contrário, por se entender que não haveria justificativa plausível para a fixação concertada de preços¹⁷.

15 U.S. Supreme Court. *United States v. Socony-Vacuum Oil Co., Inc.*, 310 U.S. 150 (1940).

16 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.

17 VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A “regra da razão” e o controle de condutas anticompetitivas pelo Cade. In: CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto. *Evolução do antitruste no Brasil*. São Paulo: Singular, 2018, p. 906: “Daí afirmar que o regime

III.2. REGRA DA RAZÃO.

Com o passar dos anos, os Estados Unidos restringiram, em termos substanciais, a aplicação da dinâmica do ilícito *per se* apenas aos cartéis, sendo a apreciação das demais condutas submetidas ao regime da regra da razão¹⁸.

No paradigma da regra da razão não há a presunção sequer relativa de ilicitude da conduta, recaindo sobre a autoridade de defesa da concorrência o ônus de provar a capacidade da conduta produzir efeitos anticoncorrenciais, tendo que demonstrar, por exemplo, o poder de mercado e os efeitos restritivos à concorrência extraídos da conduta.

Ademais, permite-se que a parte acusada comprove que há razoabilidade econômica na sua conduta, sendo possibilitado à empresa que prove que a conduta, apesar de restringir em algum grau a concorrência, possui virtudes que compensam a limitação concorrencial efetivada¹⁹.

Neste contexto, é possibilitado que a empresa investigada prove a racionalidade econômica da conduta adotada²⁰. Por exemplo,

da ilegalidade *per se*, nos Estados Unidos, pode ser visto mais como uma regra de prova do que como um padrão substantivo de ilicitude, cuidando de hipóteses em que o caráter irrazoável da conduta pode ser presumido (*iure et de iure*) de seu próprio objeto”.

18 U.S. SUPREME COURT. *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977).

19 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law* da. Disponível em: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>. Acesso em: 02.03.2017. Segundo o glossário, a regra da razão consistiria em uma “abordagem jurídica adotada por tribunais ou autoridades da concorrência em que se faz uma tentativa de avaliar as características pró-competitivas de uma prática de negócios restritiva em relação a seus efeitos anticompetitivos, de modo a decidir se a prática deve ou não ser proibida”.

20 FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 207. A autora afirma: “Pela regra da razão, somente são consideradas ilegais as práticas que restringem a concorrência de forma não razoável.” Esclarece a autora que: Já a proibição *per se* “desobriga a autoridade antitruste de realizar análise mais profunda do ato praticado e do seu contexto econômico: a partir do momento em que uma conduta é tomada como ‘ilícita *per se*’ e considerada restritiva da concorrência, de forma não razoável, e deverá ser repudiada”.

restrições territoriais e exclusividades em contratos de distribuição, dependendo do caso concreto e da racionalidade econômica incidente, podem ser consideradas lícitas à luz da regra da razão, o que não ocorreria se fossem submetidas à dinâmica do ilícito *per se*.

A doutrina e jurisprudência brasileira debateram profundamente a dicotomia ilícito *per se* e regra da razão, com intensas discussões sobre a possível aplicação ao direito brasileiro²¹.

A dicção do art. 193, § 4º da Constituição Federal parece afastar a possibilidade de aplicação do ilícito *per se*, na medida em que a norma constitucional determina a repressão ao abuso de poder econômico, ou seja, ao seu uso indevido, desarrazoado, o que demanda uma análise de sua razoabilidade. Incompatibilidade da regra *per se* com o ordenamento jurídico brasileiro²².

Ademais, o comando constitucional alude a efeitos (dominação de mercado, eliminação da concorrência e aumento abusivo dos lucros) que devem estar presentes, ainda que de modo potencial, para autorizar a repressão estatal.

Assim, a presunção absoluta de ocorrência de efeitos e de ausência de razoabilidade econômica não encontra amparo na Constituição Federal²³ e, coerentemente, não há qualquer dispositivo na Lei nº 12.529/2011 que estabeleça a presunção absoluta de incidência de efeitos anticoncorrenciais ou de ausência de razoabilidade de uma determinada conduta, ainda que se trate de cartel clássico²⁴.

21 No sentido da compatibilidade da regra *per se* com o ordenamento brasileiro: 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.

22 Ver: MARTINEZ, Ana Paula. Repressão a cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. São Paulo: Singular, 2013, p. 28-31.

23 Sobre a incompatibilidade do sistema de ilícito *per se* com o ordenamento jurídico brasileiro ver: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

24 GABAN, Eduardo Molan. Regra “PER SE” no direito antitruste brasileiro: um grande erro. *WebAdvocacy*. Brasília, DF, 16 de março de 2022. Disponível em: <https://webadvocacy.com.br/2022/03/16/regra-per-se-no-direito-antitruste-brasileiro-um-grande-erro/>. Acesso em 24.06.2024.

Não obstante haver alguns precedentes do CADE que discutiram se poderia ser aplicada a lógica *per se* a cartéis, foram avolumando-se os pronunciamentos de Conselheiros da autarquia no sentido da incompatibilidade da regra *per se* com o ordenamento brasileiro, mesmo no caso de cartéis clássicos²⁵.

E mais recentemente a jurisprudência do CADE consolidou a utilização de outra dicotomia, a meu ver mais harmônica com o direito concorrencial brasileiro e com a dicção do caput do art. 36 da Lei n. 12.529/2011: ilícito por objeto e ilícito pelos efeitos.

III.3. ILÍCITO PELOS EFEITOS.

A dicotomia “ilícito por efeitos x ilícito por objeto” foi desenvolvida no direito comunitário europeu, que sempre refutou o caráter *per se* de qualquer espécie de conduta anticoncorrencial, em virtude da dicção do art. 101 do Tratado do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, cujo teor é idêntico ao do revogado artigo 81 do Tratado da Comunidade Europeia e que é a seguir reproduzido:

“1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

²⁵ Ver, a propósito, os seguintes precedentes: Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.006923/2012-18. Relator: Conselheiro Ricardo Machado Ruiz. Voto-vista do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo. Brasília, 20 de fevereiro de 2013; 2- Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.011027/2006-02. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Brasília, 11 de março de 2015; 3- Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.006965/2013-53. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Brasília, 23 de abril de 2015.

- a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção;
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
- d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos”.

A redacção comunitária inspirou o legislador brasileiro, que adotou dicção quase idêntica tanto no revogado art. 20, caput da Lei nº 8.884/94 quanto no vigente art. 36 da Lei nº 12.529/2011. Assim, parece fazer muito sentido estudar as principais interpretações dadas ao regime de presunções e repartição do ônus da prova instituídos pela norma europeia e averiguar a sua aplicabilidade ao direito brasileiro²⁶.

Cumprindo inicialmente destacar que a dinâmica do ilícito pelos efeitos é bastante semelhante à da regra da razão: constitui ônus da prova da autoridade de defesa da concorrência a demonstração da ocorrência da conduta, da sua autoria e também a incidência de efeitos potenciais ou concretos, o que lhe impõe o dever de demonstrar a incidência de poder de mercado e detalhar a dinâmica concorrencial na qual a conduta se insere.

26 Reproduzo, a propósito, o entendimento de VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A “regra da razão” e o controle de condutas anticompetitivas pelo Cade, *op. cit.*, p. 907: “O elemento interessante, todavia, é que a legislação brasileira jamais utilizou em qualquer momento a expressão “regra da razão”, sendo, ao revés, mais claramente inspirada, ao menos desde o início dos anos 1990, pelo modelo europeu de combate a condutas anticompetitivas, o qual lança mão das categorias dos ilícitos “pelos efeitos” e dos ilícitos “pelo objeto” para disciplinar o comportamento dos agentes no mercado”.

Por seu turno, a razoabilidade econômica da conduta deve ser apreciada caso a parte sustente a sua existência, hipótese em que, caso demonstrada a preponderância dos aspectos positivos sobre a eventual limitação à concorrência, há a exclusão do caráter ilícito da conduta.

Assim, a dinâmica de presunções, valoração e distribuição do ônus da prova no ilícito pelos efeitos, ainda que não seja absolutamente idêntica, é bastante semelhante à da regra da razão.

Para os fins do presente artigo, no entanto, maior relevância deve ser dada à explicação do ilícito pelo objeto, já que é o paradigma que o CADE vem utilizando com maior ênfase na apreciação de processos administrativos envolvendo cartéis clássicos.

III.4. ILÍCITO PELO OBJETO.

A denominação “ilícito pelo objectivo” como paradigma de valoração e distribuição do ônus da prova e estabelecimento de presunções foi desenvolvida no direito comunitário europeu e advém da redação conferida ao art. 101, nº 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que utiliza a expressão “objectivo” como alternativa à expressão “efeitos”²⁷.

A dinâmica do ilícito por objeto (expressão adotada no Brasil) apresenta uma importantíssima distinção em relação ao ilícito *per se*: a inexistência de presunção absoluta. Assim, os seus contornos são muito mais compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro do que o do ilícito *per se*. Ademais, a redação utilizada pelo revogado art. 20, caput da Lei nº 8.884/94 e pelo vigente art. 36, caput da Lei nº 12.529/2011, como ressaltado no item anterior, é praticamente

²⁷ Reproduzo novamente o seguinte trecho do *caput* do art. 101, nº 1 do TFUE: “1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno (...)”. No Brasil utiliza-se a expressão “ilícito pelo objeto”, em razão da dicção do art. 20, caput, da Lei nº 8.884/94 e do art. 36, caput, da Lei nº 12.529/2011.

idêntica ao do art. 101, nº 1 do TFUE, motivo pelo qual faz bastante sentido estudar a interpretação dada à norma europeia.

A exemplo de todos os demais paradigmas, no ilícito pelo objeto cabe à autoridade de defesa da concorrência provar a ocorrência da conduta (o cartel) e a sua autoria (a efetiva participação de cada um dos agentes acusados de participação no cartel). Por outro lado, não é necessário provar a intenção do agente econômico em praticar a conduta (responsabilidade objetiva).

Ademais, no ilícito pelo objeto presume-se que a conduta praticada (ou melhor dizendo, o objeto que se visa alcançar com a conduta) possui a capacidade de gerar efeitos potenciais ou concretos sobre a concorrência²⁸, como bem esclarecido pela Comissão Europeia em suas orientações a respeito da aplicação das aplicações das normas de repressão a condutas que violam a concorrência na União Europeia²⁹.

Assim, enquanto no paradigma do ilícito pelos efeitos a autoridade antitruste tem o ônus de provar a capacidade da conduta investigada gerar prejuízos sobre a concorrência, no paradigma do ilícito pelo objeto há a presunção de que tais efeitos foram gerados pela conduta investigada³⁰.

28 FERREIRA, João Alexandre Pateira. A “abordagem mais económica” ao direito europeu da concorrência : acordos entre empresas, restrições concorrenciais por objeto e a análise dos efeitos na aplicação do artigo 101.º, n.1 do tratado sobre o funcionamento da União Europeia. Universidade de Lisboa. Tese especialmente elaborada para obtenção do grau de Doutor em Direito, 2018.

29 COMISSÃO EUROPEIA. *Orientações relativas à aplicação do nº 3 do artigo 81.o do Tratado*. Bruxelas, 2004. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427\(07\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(07)&from=EN). Acesso em 20.09.2020. Destaco o seguinte trecho das orientações: “21. As restrições de concorrência por objectivo são aquelas que, pela sua natureza, podem restringir a concorrência. Trata-se de restrições que, à luz dos objectivos prosseguidos pelas regras comunitárias da concorrência, têm um elevado potencial em termos de efeitos negativos na concorrência e relativamente às quais não é necessário, para efeitos da aplicação do nº 1 do artigo 81º, demonstrar os seus efeitos concretos no mercado. Esta presunção baseia-se na natureza grave da restrição e na experiência que demonstra ser provável que as restrições da concorrência por objectivo tenham efeitos negativos no mercado e contrariem os objectivos das regras comunitárias da concorrência.”

30 COMISSÃO EUROPEIA. *Orientações relativas à aplicação do nº 3 do artigo 81.o do Tratado, o. cit.* Reproduzo o seguinte trecho: “20. Esta distinção entre restrições por

Consequentemente, no padrão do ilícito pelo objeto a autoridade de defesa da concorrência não possui o ônus de provar a incidência de poder de mercado³¹, o que a desobriga, a princípio, de estabelecer uma análise da dinâmica da estrutura do mercado em que a conduta se insere, salvo se as empresas acusadas produzirem provas de ausência de poder de mercado.

Há ainda a presunção relativa de que há racionalidade econômica das acusadas na participação do cartel e que os seus resultados líquidos são negativos, ou seja, os malefícios superam os eventuais benefícios.

Por se tratar de uma presunção relativa e não absoluta, o acusado pode produzir prova em contrário não apenas em relação à materialidade e autoria, mas também em relação à impossibilidade da conduta gerar efeitos ou da ausência de racionalidade econômica na participação no cartel.

Neste contexto, as orientações da Comissão Europeia são assertivas quanto ao dever da autoridade de defesa da concorrência analisar o contexto factual e econômico em que se insere o acordo investigado, caso sejam apresentadas provas e circunstâncias que coloquem em xeque a presunção (relativa) de ilicitude da conduta³².

objectivo e restrições por efeito é importante. Quando se verifica que o objectivo de um acordo é restringir a concorrência, não é necessário ter em conta os seus efeitos concretos. Por outras palavras, para efeitos da aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, não é necessário demonstrar os efeitos anticoncorrenciais efectivos quando o acordo tem por objectivo restringir a concorrência (...).”

31 MENDES, Gabriela Faria. As infrações por objeto e por efeito no Direito da Concorrência. Universidade do Porto, Mestrado (2.º ciclo de estudos) em Direito. Porto, 2019, p. 20.

32 COMISSÃO EUROPEIA. *Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado*, op. cit. Destaco o seguinte trecho: “22. Para determinar se um acordo tem por objectivo restringir a concorrência, toma-se em consideração uma série de factores. Estes factores incluem, em especial, o teor do acordo e os seus objectivos concretos. Poderá também revelar-se necessário apreciar o contexto em que é (ou irá ser) aplicado e a conduta e comportamento efectivos das partes no mercado. Por outras palavras, pode ser necessário examinar os factos subjacentes ao acordo e as circunstâncias específicas do seu funcionamento antes de concluir se uma determinada restrição constitui uma restrição da concorrência por objectivo. A forma como um acordo é efectivamente aplicado pode revelar que o seu objectivo é restringir a concorrência, ainda que o acordo formal não contenha qualquer disposição expressa nesse sentido. (...)”.

Cabe ainda ressaltar que o artigo 101, n° 3 do TFUE expressamente permite que sejam suscitadas pelas partes justificativas cuja comprovada incidência retira o caráter ilícito das condutas investigadas, tanto sob o paradigma do ilícito pelos efeitos quanto sob o padrão do ilícito pelo objeto³³.

Coerentemente, as orientações da Comissão Europeia adotam de forma cristalina a interpretação de que tanto na hipótese de ilícito pelos efeitos como no caso de ilícitos pelo objetivo³⁴, há a possibilidade de serem alegadas razões de ordem econômica aptas a justificarem a conduta, com ônus da prova recaindo sobre os representados³⁵.

Em recente Guia a respeito dos acordos “de menor importância”, a Comissão Europeia reiterou o seu entendimento de que “o fato de um acordo conter uma restrição “por objectivo”, e, portanto, se enquadrar no n° 1 do artigo 10° do Tratado, não impede que as partes demonstrem que as condições previstas no n° 3 do artigo 101° do Tratado estão satisfeitas”³⁶.

33 Transcrevo o artigo 91, n° 3 do Tratado: “3. As disposições no n° 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis: — a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,— a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, — a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que: a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos; b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa”.

34 Cabe esclarecer que na Europa é utilizada a denominação “ilícito pelo objetivo”, enquanto no Brasil a expressão mais usada é “ilícito pelo objeto”.

35 COMISSÃO EUROPEIA. *Orientações relativas à aplicação do n° 3 do artigo 81.o do Tratado*, op. cit. O guia afirma que: “Por outro lado, o n° 3 do artigo 81.o não estabelece qualquer distinção entre acordos que têm por objectivo restringir a concorrência e acordos que têm por efeito restringir a concorrência”. As orientações deixam claro, assim, que: “O n° 3 do artigo 81.o é aplicável a todos os acordos que satisfaçam as quatro condições nele previstas”.

36 EUROPEAN COMMISSION. *Guidance on Restrictions “by object” for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice*, 2014, p. 4. Tradução livre do seguinte trecho do guia: “The fact that an agreement contains a restriction “by object”, and thus falls under Article 101(1) of the Treaty, does not preclude the parties from demonstrating that the conditions set out in Article 101(3) of the Treaty are satisfied. However, practice shows that restrictions by object are unlikely to fulfil the four conditions set out in Article 101(3)”.

A Corte de Justiça da União Europeia já se manifestou em diversos precedentes acerca da natureza relativa da presunção das condutas submetidas ao padrão do ilícito pelo objeto, admitindo assim que a parte acusada traga provas que afastem a possibilidade de geração de efeitos anticoncorrenciais ou justifiquem a conduta.

Portanto, a jurisprudência da Corte permite que por provocação da parte e com o seu respectivo ônus, seja efetivada dilação probatória acerca dos efeitos que podem ser gerados pelo acordo e o contexto jurídico e econômico no qual foi estabelecido³⁷.

Assim, tanto as orientações da Comissão Europeia quanto a jurisprudência da Corte de Justiça deixam claras a importância da análise das circunstâncias de cada caso concreto, na medida em que elas podem afastar a presunção de ilicitude do acordo, cabendo à parte o investigada o ônus tanto de alegar como de provar a sua incidência.

Desta maneira, se por um lado a autoridade de defesa da concorrência não tem o ônus de provar a incidência de efeitos anticoncorrenciais e ausência de razoabilidade econômica, possui o dever de apreciar os argumentos e provas trazidas pelas partes em sentido contrário, acatando-as na hipótese de arquivamento do processo administrativo ou refutando-as com fundamentação e contraprovas adequadas.

Neste contexto, é imperiosa a conclusão de que a dinâmica do ilícito por objeto não equivale à do ilícito *per se*, que, como anteriormente visto, presume de modo absoluto o caráter anticoncorrencial do cartel e não admite prova de eficiência econômica³⁸.

37 Ver, a propósito, os seguintes precedentes: Case C-67/13 P *Groupement des Cartes Bancaires v. Commission*, ECLI:EU:C:2014:2204, paragraph 53; Case C-286/13 P *Dole v Commission*, ECLI:EU:C:2015:184, paragraph 117; Joined Cases C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P and C-519/06 P *GlaxoSmithKline*, ECLI:EU:C:2008:738, paragraph 58; Joined Cases 96/82 to 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 and 110/82 *IAZ International Belgium and Others* ECLI:EU:C:1983:310, paragraph 25; Case C-209/07 *Beef Industry Development Society* ECLI:EU:C:2008:643, paragraph 16 and Case C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító Zrt and Others*, ECLI:EU:C:2013:160.

38 SANTOS, Flávia Chiquito dos. Quando o simples é sofisticado: clareza na tipificação de cartéis e na interpretação da regra *per se*. *Revista de Defesa da Concorrência* v.5, n. 2, p. 103-130, 2017. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrência/article/view/348>. Acesso em 25.06.2024.

Como já ressaltado, no Brasil tanto a revogada Lei nº 8.884/1994 (em seu art. 20, *caput*) quanto a Lei nº 12.529/2011 (em seu art. 36, *caput*) possuem redação inspirada no art. 101, nº I do TFUE³⁹.

Tal circunstância, aliada à necessidade de se diferenciar a abordagem dada pelo CADE a condutas que trazem forte carga de presunção de ilicitude e as peculiaridades do nosso ordenamento jurídico (antagônicas à adoção do ilícito *per se*), conduziram a uma evolução da jurisprudência do CADE à adoção do paradigma do ilícito pelo objeto no tratamento a cartéis⁴⁰.

É bem verdade que o caminho tem sido tortuoso, com algumas referências à utilização do critério da regra da razão, outras ao ilícito *per se*, mas com um número cada vez mais significativo de referências ao ilícito pelo objeto⁴¹.

No regime do ilícito pelo objeto, o primeiro ônus da prova a ser imputado ao CADE é a demonstração de que o cartel investigado possui natureza clássica, pois caso possua natureza difusa ou pontual, o paradigma do ilícito pelo objeto não poderá ser utilizado.

Definida a possibilidade de utilização do padrão do ilícito por objeto, constitui ônus do CADE demonstrar a materialidade e autoria da conduta. Deverá, assim, demonstrar tanto que houve a prática do cartel clássico ou *hard core* (ou seja, a ocorrência do objeto que presumidamente provoque os efeitos listados nos quatro incisos do art.

39 Reproduzo a propósito a redação adotada em ambas as normas brasileiras: “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: (...)”

40 SILVEIRA, Paula Farani de Azevedo; BAQUEIRO, Paula. A Jurisprudência do CADE em casos de tabelas de preços: um estudo sobre as categorias de ilícito e metodologias de análise utilizadas. In: JESUS, Agnes Macedo de et. Al. *Mulheres no antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2018. pp. 143-157. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3440898. Acesso em: 29.09.2020.

41 Ver, por exemplo, dentre outros precedentes: 1) CADE. Processo Administrativo nº 08012.009885/2009-21. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Julgado em: 16/04/2015. 2) CADE. Processo nº 08700.001020/2014-26. Rel. Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Julgado em 11.04.2017. 3) Processo Administrativo 08012.007011/2006-97. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Julgado em: 24.04.2017.

36 da Lei nº 12.529/2011), bem como que ocorreu a efetiva participação de cada representado no conluio investigado.

Por outro lado, como há a presunção relativa da ilicitude do cartel *hard core*, a autoridade de defesa da concorrência não possui ônus de provar a potencialidade ou concretude dos efeitos deletérios sobre as concorrências, ficando, a princípio, dispensada do dever de demonstrar poder de mercado dos envolvidos, capacidade de gerar efeitos deletérios sobre a concorrência e racionalidade econômica na prática da conduta.⁴²

Igualmente, não constitui ônus do CADE demonstrar que os efeitos negativos da conduta superam os positivos, uma vez que também incide presunção da ausência de razoabilidade da conduta.

Porém, a presunção de ilicitude e de ausência de razoabilidade do objeto possui natureza relativa, admitindo, assim, prova em contrário, cujo ônus de produção é imputado ao representado.

Neste contexto, caso o representado alegue e demonstre que a sua conduta não foi apta a gerar efeitos, que ela apresenta razoabilidade, ou que não havia racionalidade econômica para a sua prática, o órgão de defesa da concorrência necessita apreciar a alegação e reavaliar a prova de autoria à luz das alegações e provas produzidas pela representada.

Portanto, não pode o CADE desconsiderar argumentos e provas que infirmem a presunção relativa da ilicitude da conduta, tendo o dever de apreciar o conjunto probatório à luz do contexto econômico existente, que pode, a depender das circunstâncias de cada caso concreto, infirmar a presunção relativa de ilicitude da conduta.

É importante ressaltar que a comprovação de ausência de racionalidade econômica no envolvimento no cartel não desconstitui de forma automática a prova da autoria, porém implica necessariamente a sua reavaliação pela autoridade de defesa da concorrência. Com

42 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, v. III. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 113. O autor leciona que: “Presunção é um processo racional do intelecto, pelo qualdo conhecimento de um fato infere-se com razoável probabilidade a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa”.

efeito, a demonstração da ausência de racionalidade econômica demanda necessariamente um maior rigor na valoração da prova produzida, especialmente dos indícios e provas indiretas⁴³, que perdem totalmente o contexto que os poderia amparar diante da prova de ausência de racionalidade econômica no envolvimento em um cartel.

IV. GRAU DE PARTICIPAÇÃO EM CARTEL.

É possível distinguir da seguinte forma os três graus mais comuns de participação em cartel: 1- a liderança, 2- a participação efetiva e 3- a participação acessória ou de menor importância.

Porém, é possível detectar no cartel clássico, caracterizado pela sua estabilidade, participações que, além de acessórias, são meramente ocasionais ou pontuais.

Um bom exemplo é um cartel clássico que perdurou por vários anos em um determinado mercado relevante e promovido diversas uniformizações de preços e de outras condutas comerciais. Suponhamos que haja provas da participação de uma determinada empresa no conluio em apenas duas ocasiões. Trata-se de participação que não foi apenas acessória, mas ocasional.

Neste contexto, é possível trabalhar com a categoria da participação pontual (ou difusa) em cartel clássico, com repercussões no padrão de prova exigido para a condenação e na dosimetria da sanção.

IV.1. LÍDERES.

Em todo cartel é possível identificar a liderança, que é de onde parte o efetivo comando do conluio, podendo ser exercida de forma

43 Sobre análise de indícios ver: COUTINHO, Diogo R.; SAITO, Carolina. Como o Cade conecta provas indiretas na análise de cartel. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-o-cade-conecta-provas-indiretas-na-analise-de-cartel-28092021>. Acesso em 22 out. 2021.

individual ou conjunta. Em outras palavras, é possível que o comando seja efetivado de forma compartilhada entre várias empresas ou de forma isolada por uma única empresa que assume o protagonismo do cartel.

A liderança implica nas atividades necessárias para a organização do cartel e, na hipótese de cartel clássico, na efetivação dos atos de institucionalização. Normalmente a liderança é exercida de forma conjunta pelas empresas com maior participação de mercado, já que a sua adesão é fundamental para o sucesso do conluio e para a implementação das decisões tomadas.

IV.2. PARTICIPANTES EFETIVOS.

Não é raro, especialmente na hipótese de liderança compartilhada, que o cartel possua apenas duas espécies de membros: os líderes e os participantes acessórios.

Porém, sobretudo em cartéis com muitos participantes, é possível identificar uma categoria intermediária: os participantes efetivos, que não são tão protagonistas a ponto de tomarem as principais providências e decisões imprescindíveis para a institucionalização do cartel, mas empreendem diversas medidas importantes para o seu sucesso.

Dentre as atividades normalmente desempenhadas pelos participantes efetivos, podem ser destacadas: sediarem e organizarem reuniões; aliciarem novos membros; auxiliarem no monitoramento da obediência as decisões do cartel e na implementação das sanções; dialogarem com os líderes e muitas vezes serem o elo de comunicação da liderança com os participantes acessórios.

IV.3. PARTICIPANTES ACESSÓRIOS.

O participante acessório é aquele que não possui uma participação ativa, integrando o cartel por inércia (já que não

terá como sustentar uma guerra de preços contra as empresas cartelizadas), oportunismo (por aproveitar-se do aumento de preços efetivado por atos lesivos liderados, organizados e apoiados por outros concorrentes), por pressão ou até mesmo coação efetivada pelos demais integrantes.

São empresas que se limitam a comparecer a reuniões em que apenas manifestam a aquiescência com as deliberações, recebem ou repassam mensagens, sem liderar ou auxiliar na organização de forma mais ativa, cumprindo as determinações das empresas que lideram o cartel, sem um papel mais ativo ou de efetivo auxílio na organização, institucionalização e tomada de decisões.

É preciso muita cautela para a comprovação da efetiva participação de agente acusado de participação meramente acessória. Não se pode entender como comprovado o seu envolvimento no cartel em razão da singela menção feita pelos demais integrantes de que houve tal participação.

Como o participante acessório não possui um papel ativo na organização do cartel, há o risco de se interpretar que a mera menção a ele pelos membros do cartel seria suficiente por si só para comprovar a sua participação. Inegavelmente, tais menções são indícios de sua participação, mas para que se constituam em prova devem estar amparados em um contexto que os corrobore como, por exemplo, a demonstração de que ele cumpriu o objeto do acordo ou, ao menos, que havia racionalidade econômica em fazê-lo.

Inclusive, como muitas reuniões são organizadas por sindicatos ou associações de classe, não há como comprovar a participação de empresa em cartel pelo simples fato de ter comparecido à reunião com a presença de concorrentes. É imprescindível a prova de que o conteúdo da reunião da qual a acusada inequivocamente participou possuía conteúdo ilícito.

IV.4. PARTICIPAÇÃO PONTUAL OU OCASIONAL EM CARTEL *HARD CORE*.

Nos cartéis clássico ou *hard core* é possível caracterizar uma quarta espécie: a do participante pontual, ou seja, aquele que tem uma presença ocasional, episódica. Em outras palavras, participa pontualmente de um ou outro episódio durante o longo período de duração de um cartel clássico.

Tendo em vista que o cartel clássico é caracterizado pela institucionalização e perenidade, pode haver adesão episódica e pontual de determinadas empresas. Um bom exemplo é um cartel que atuou por vários anos em licitações públicas de um determinado serviço em uma cidade específica, sendo que determinada empresa participou do conluio em apenas uma das licitações.

Nessa hipótese, é possível trabalhar com uma quarta categoria: a participação pontual (ou ocasional) em cartel clássico, com repercussões na dosimetria da sanção, uma vez que a pena base deve ser distinta da que venha a ser aplicada aos demais participantes.

Com efeito, não parece razoável dar ao participante pontual o mesmo tratamento de participantes que agiram durante toda a duração do cartel, já que sua participação não foi apenas acessória, mas episódica. A característica de sua participação é a mesma das empresas que se envolvem em cartéis difusos: esporádica, descontínua e não institucionalizada.

A identificação da natureza da participação dependerá das características de cada caso concreto, sendo necessário analisar não apenas o específico exercício de cada uma das atividades listadas anteriormente, mas investigar o volume de atos praticados no desenvolvimento do cartel e a identificação da imprescindibilidade e importância de cada empresa para a sua implementação⁴⁴.

44 RIBAS, Guilherme Favaro. Processo administrativo de investigação de cartel. São Paulo: Singular, 2016.

Neste contexto, normalmente para a institucionalização, organização e sucesso do cartel a atuação dos líderes é imprescindível; a dos participantes efetivos é importante; a dos acessórios é indiferente; enquanto a dos pontuais é irrelevante. Conseqüentemente, as sanções pecuniárias terão que necessariamente variar de acordo com a espécie de participação das empresas no cartel, como será especificado no próximo item.

V. DOSIMETRIA NA APLICAÇÃO DE SANÇÃO PECUNIÁRIA.

Passo, então, a analisar a dosimetria na aplicação de sanções pecuniárias a empresas por participação em cartel, enfatizando a necessária diferenciação que deve ser efetivada pela autoridade de defesa da concorrência no momento da aplicação da multa, tanto em razão da espécie de cartel como pelo grau de participação de cada agente.

A lei brasileira de defesa da concorrência oferece parâmetros elásticos no que concerne ao valo da sanção pecuniária, bem como quanto às respectivas agravantes e atenuantes.

No que concerne à multa, estabelece o art. 36 da Lei nº 12.529/2011 que a sanção irá variar de “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 empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação”.

Observo que em tese houve uma redução em relação ao patamar máximo e a base de cálculo da sanção pecuniária anteriormente previstos na revogada Lei nº 8.884/94, que estabelecia a variação entre 1% e 30% do faturamento bruto das empresas, excluídos os impostos, sem o limitar ao mercado atingido.

Tanto sob a égide da Lei nº 8.884/1994, como na vigência da Lei nº 12.529/2011, o amplo intervalo estabelecido para a sanção demanda que a autoridade de defesa da concorrência estabeleça critérios que permitam penalizar com maior severidade as condutas mais

danosas e as empresas que com elas tiverem um envolvimento mais aprofundado, sob pena de estabelecerem sanções desproporcionais⁴⁵.

Neste contexto, deve necessariamente ser levada em consideração a espécie de cartel investigado para a definição do percentual escolhido para a sanção pecuniária. Com efeito, o cartel clássico ou *hard core* é substancialmente mais grave do que o cartel difuso ou pontual, como entende a majoritária jurisprudência do CADE, que desde o julgamento do Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14 efetiva a diferenciação da sanção de acordo com a espécie de cartel⁴⁶.

Há nítido amparo legal para a diferenciação, uma vez que o art. 45 da Lei nº 12.529/2011, a exemplo do revogado art. 27 da Lei nº 8.884/1994, estabelece que devem ser levados em consideração na aplicação da sanção a “gravidade da infração” (inciso I) e o “grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros” (inciso V).

Ademais, tal diferenciação do percentual da multa em razão da espécie de cartel é expressamente adotada em guias editados pelo CADE, que refletem a jurisprudência paulatinamente sedimentada pela autarquia.

Assim, por exemplo, estabelece o Guia sobre Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel os seguintes parâmetros para calcular a contribuição pecuniária de empresas envolvidas em cartel clássico:

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

45 SANTOS, Flávia Chiquito dos. Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

46 CADE. Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14. Relator: Conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Julgado em 13.07.2005.

A depender, porém, de certas atenuantes ou agravantes, além de outros fatores que levem em consideração os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia e dos critérios previstos no art. 45 da Lei nº 12.529/2011, essa alíquota poderá ser reduzida até o mínimo considerado pelo Cade como adequado para dissuasão desse tipo de conduta, em regra de 12%, ou elevada até o máximo previsto na lei, de 20%⁴⁷.

O aludido guia, ao se referir à contribuição pecuniária de empresas envolvidas em cartel difuso estabelece que:

“Ademais, via de regra, em casos de cartel pontual ou difuso (ex: trocas de informações esporádicas ou não sistemáticas, revelação unilateral de informações etc.), o Cade entende adequada, em geral, a aplicação de alíquota de 5% a 12%, a depender, porém, de certas atenuantes ou agravantes, além de outros fatores que levem em consideração os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia e dos critérios previstos no art. 45 da Lei nº 12.529/11. Circunstâncias específicas do caso concreto, no entanto, poderão demandar a aplicação de alíquota base diferenciada.”⁴⁸

O CADE editou em outubro de 2023 o Guia Dosimetria de Multas de Cartel⁴⁹, cujos parâmetros refletem a jurisprudência consolidada do

47 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel*, Brasília: CADE, 2017, p. 36/37. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf/view. Acesso em: 03.08.2019.

48 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel*, *op. cit.*, p. 38.

49 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Guia Dosimetria de Multas de Cartel*. Brasília: CADE, 2023. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/Guia-dosimetria-de-multas-de-cartel.pdf>.

CADE sobre o tema, sendo, conseqüentemente, os mesmos limiaries contidos no já citado Guia de Termos de Cessação de Conduta.

Neste contexto, o Guia Dosimetria de Multas de Cartel do CADE define as seguintes alíquotas que devem ser em regra aplicadas para cartéis *hard core* e para cartéis difusos ou pontuais:

“2.1.1.2 Alíquota de referência

O Cade já vem aplicando alíquotas de referência para os casos de cartel. Recomenda-se a adoção das seguintes alíquotas de referência conforme o tipo de conduta:

I) Cartéis em licitações (art. 36, §3º, inciso I, alínea “d”, da Lei 12.529/2011): alíquota de referência de 17%, podendo ser superior a esse valor ou chegar a um mínimo de 14%, considerando os agravantes e atenuantes da conduta, conforme jurisprudência do Cade;

II) Cartéis da forma clássica *hard core* (art. 36, §3º, inciso I, alíneas “a”, “b” e “c” da Lei 12.529/2011), isto é, aqueles acordos ou trocas de informação relacionados a preços, divisão geográfica, de *share* ou de clientes, que tenham mecanismos de monitoramento/punição de desvio (institucionalidade) e (intenção de) perenidade: alíquota de referência de 15%, podendo ser superior a esse valor ou chegar a um mínimo de 12%, considerando os agravantes e atenuantes da conduta, conforme jurisprudência do Cade;

III) Outras formas de condutas concertadas incluindo os cartéis difusos (ex: trocas de informações esporádicas ou não sistemáticas, revelação unilateral de informações, tabelamento de preços etc.): alíquota de referência de 8%, podendo ser superior a esse valor ou chegar a um mínimo de 5%, considerando os agravantes e atenuantes da conduta, conforme jurisprudência do Cade”.

Acesso em 17.01.2023. A versão preliminar do guia estava em consulta pública desde 2020.

Ressalto, ainda que a diferenciação de alíquota não é limitada à espécie de cartel, mas leva necessariamente em consideração o grau de participação de cada acusado no cartel.

O Guia Dosimetria faz menção à diversidade de participação dos representados, variando o valor final da alíquota aplicável caso seja possível identificar participações diferenciadas dos agentes envolvidos no cartel⁵⁰, sendo explícito em aludir à necessidade de aplicação de uma maior alíquota às empresas que lideram o cartel, tendo em vista a maior gravidade de sua conduta⁵¹.

O tempo de duração da conduta também é um fator apto a diferenciar a intensidade de participação das empresas. O Guia Dosimetria estabelece que deve ser adicionado 0,5% por cada semestre de participação comprovada da empresa no cartel, esclarecendo ser esta uma forma de diferenciar entre as empresas que mais longamente integraram o conluio daquelas com participação lateral ou esporádica que tenham menos tempo dentro do cartel⁵².

Os parâmetros internacionais igualmente efetivam diferenciação em razão do grau de participação. Por exemplo, as orientações da Comissão Europeia sobre aplicação de sanções pecuniárias preveem

50 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Guia Dosimetria de Multas de cartel*, *op. cit.*, p. 24. Transcrevo o seguinte trecho do Guia: “(...) a gravidade da infração pode estar relacionada, de forma individualizada, à participação do condenado na infração, como, por exemplo, se ele teve papel de liderança e se atuou com coação, ou se teve uma participação secundária, ou ainda uma pequena participação, correspondendo respectivamente, então, a uma agravante, a uma situação neutra, ou a uma atenuante”.

51 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Guia Dosimetria de Multas de cartel*, *op. cit.*, p. 30. O seguinte trecho deixa clara a relação entre liderança e gravidade da conduta: “Muitas vezes, durante a análise do Processo Administrativo, é possível identificar pessoas que tiveram participação relevante no cartel. O Cade orienta que a atuação destas pessoas, bem como dos administradores das empresas envolvidas na conduta anticompetitiva, deve ser tratada como um agravante, visto que estas pessoas possuem poder de liderança e funções estratégicas dentro das empresas e, conseqüentemente, no cartel”.

52 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Guia Dosimetria de Multas de cartel*, *op. cit.*, p. 23. Transcrevo o seguinte trecho do item 2.1.13.: “O Cade recomenda que sejam levadas em consideração diferenças existentes na duração da participação do Representado na conduta. Caso um Representado tenha participado por mais tempo em uma conduta, sua penalidade deve ser agravada, em relação à penalidade aplicada aos Representados com participação lateral ou esporádica”.

punição mais grave às empresas líderes do cartel e computam o tempo de participação individualizado de cada participante na pena base do cartel, o que leva a punições menores ao participante ocasional, que teve um tempo de participação no cartel inferior ao da maior parte das empresas envolvidas⁵³.

Assim é coerente com a legislação brasileira e coerente com normas de direito comparado⁵⁴ e da doutrina internacional⁵⁵ a variação da pena pecuniária quanto ao grau de participação dos envolvidos no cartel.

Assim, o percentual da multa pecuniária imposto ao participante acessório deve ser necessariamente inferior ao aplicado aos demais envolvidos, já que, comparada com os líderes e os participantes efetivos, a participação acessória constitui conduta de menor gravidade e acarreta lesão inferior à coletividade.

Entendo que o Guia Dosimetria deveria ter conferido tratamento ainda mais diferenciado na imposição de sanção a representado que tenha uma participação pontual ou ocasional no cartel clássico.

Com efeito, o representado que participou de maneira coadjuvante exclusivamente de episódios ocasionais durante a existência de um cartel institucionalizado de longa duração não pode

53 COMISSÃO EUROPEIA. Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC0901\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC0901(01)). Acesso em 30 jun. 2024.

54 Sobre a aplicação das sanções pela Comissão Europeia ver: VELJANOVSKI, Cento, Cartel Fines in Europe - Law, Practice and Deterrence. *World Competition*, vol. 29, March 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=920786. Disponível em: 3 jul. 2024. O autor elenca casos concretos em que foram aplicadas multas com percentuais distintos a empresas que participaram de forma diferenciada em um mesmo cartel, tendo sido efetivadas reduções da pena base para empresa que desempenhou “papel passivo” e agravamento da sanção para empresa com “papel ativo”,

55 Ver, a propósito: WILS, Wouter P. J. Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice. *World Competition*, vol. 29, No. 2, June 2006. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=883102>. Disponível em: 3 jul. 2024. O autor destaca que: “The cost of setting up and running cartels can be raised by modulating the amount of the fine for each cartel member depending on the active role played in the functioning of the cartel, as well through a leniency policy”.

ter o mesmo tratamento dos representados que aturaram durante um longo período ininterrupto no conluio.

E não me parece que apenas majorar a pena de quem participou longamente do cartel seja suficiente para a diferenciação. Em outras palavras, apenas aplicar um agravamento na pena das representadas que participaram de maneira habitual do cartel, não é suficiente para auferir um tratamento efetivamente diferenciado ao participante pontual.

Para garantir um tratamento efetivamente diferenciado ao participante ocasional, a sua pena base deve ser inferior a dos demais membros do cartel clássico, sendo equivalente à aplicada a integrantes de cartéis difusos, uma vez que a participação ocasional não se caracteriza apenas pelo menor tempo de integração ao conluio, mas também pela irrelevante influência na institucionalização do cartel

Há amparo legal para tal interpretação: o inciso I do art. 45 da nº 12.529/2011 estabelece que o primeiro aspecto a ser levado em consideração é justamente a gravidade da conduta. Neste contexto, se há diferença entre a gravidade de um cartel clássico e a de um cartel difuso, não se deve dar o mesmo tratamento a quem participou de maneira intensa de um cartel clássico, colaborando para a sua institucionalidade, daquele que teve uma presença meramente ocasional, sendo assim irrelevante para a estabilidade do conluio.

Outros dois incisos do art. 45 da nº 12.529/2011 que amparam a autorização para o tratamento diferenciado são o III (vantagem auferida ou pretendida) e o V (grau de lesão, ou perigo de lesão). Com efeito, a vantagem auferida ou esperada do participante pontual será em tese e em regra inferior à daquele que participou de modo contínuo. Igualmente, ao menos em tese, o grau de lesão advindo de conduta pontual será menor do que a potencializada pela ação do participante habitual.

Cabe mais uma vez ressaltar que o cartel clássico tem como importantes características a institucionalidade e perenidade, bem como a montagem de um sistema de monitoramento, sanção e de acobertamento do ilícito. O participante ocasional não colabora para

a consecução de nenhum destes elementos, pois o seu envolvimento limita-se a um ou outro episódio durante a duração do cartel.

Portanto, há razoabilidade e amparo legal para que se dê um tratamento diferenciado ao participante pontual em relação aos demais participantes habituais de um cartel clássico. Entendo, assim, que a pena base que deve ser aplicada ao participante acessório em cartel clássico é a mesma daquela imposta aos participantes de cartéis difusos ou pontuais.

Consequentemente, para o participante ocasional de cartel clássico deve ser aplicada a sanção base estabelecida no item 2.1.1.2, III do Guia Dosimetria de Multas de Cartel do CADE e, assim, corresponder ao valor de 8% do faturamento, podendo ser maior ou diminuir a 5%, a depender das agravantes e atenuantes. Deste modo, não deve ser aplicada a alíquota base de 15% estabelecida no item 2.1.1.2, II do Guia Dosimetria de Multas de Cartel do CADE, uma vez que a participação ocasional não foi determinante e nem sequer relevante para o estabelecimento do cartel clássico.

VI. CONCLUSÕES.

É essencial que a autoridade de defesa da concorrência ao julgar processo administrativo explicita qual a espécie de cartel foi caracterizada pelas provas colhidas, bem como qual o grau de participação de cada representado, em razão das consequências diretas que haverá para a tipificação da conduta, para a valoração e distribuição do ônus da prova, bem como para a dosimetria da sanção eventualmente aplicada.

A primeira consequência do enquadramento é a de que o cartel *hard core* ou clássico será apreciado pelos parâmetros do ilícito por objeto, enquanto as demais espécies colusivas serão apreciadas sob a ótica do ilícito pelos efeitos.

Ambos os regimes demandam a comprovação tanto da materialidade da conduta (a prática do conluio) quanto da autoria (a prova de que cada representado efetivamente participou do cartel).

Neste contexto, a comprovação da ocorrência do cartel não exige a autoridade de defesa da concorrência de demonstrar a efetiva participação de cada um dos acusados no cartel, devendo ser evitado o automatismo da condenação de empresas, sobretudo as de menor participação, se não houver provas concretas que demonstrem o seu efetivo envolvimento.

Com efeito, não é desprezível o risco de menções a concorrentes serem efetivadas apenas para cumprirem obrigações assumidas em acordos de leniência, termos de cessação de conduta ou até mesmo para aumentar custos de rivais que não participaram do cartel.

É também imprescindível a indicação de qual a espécie de participação que foi comprovada para cada uma das empresas envolvidas no cartel em cartéis clássicos e difusos, a fim de que as representadas recebam sanções que sejam efetivamente proporcionais ao seu efetivo grau de envolvimento na conduta.

Neste contexto, a pena pecuniária aplicada a participantes de cartéis clássicos deve necessariamente ser superior à aplicada aos envolvidos em cartel difuso ou ocasional.

Igualmente, deve haver diferenciação no valor da sanção em razão do grau de participação de cada acusado na prática do conluio, sendo o percentual imposto ao participante acessório inferior ao aplicado aos demais envolvidos.

Há uma categoria de participante de cartel clássico cuja pena base deve equivaler à aplicada aos envolvidos em cartéis difusos. Trata-se do participante pontual, ou seja, o representado que participou de maneira coadjuvante de episódios ocasionais durante a existência de um cartel institucionalizado de longa duração. Ele não pode ter o mesmo tratamento dos representados que atuaram durante um longo período em um cartel clássico.

Havendo a demonstração de uma participação que destoa dos demais integrantes do cartel pela ocasionalidade, a pena base também deve ser diferenciada, devendo ser aplicada a sanção pecuniária que o CADE normalmente impõe aos participantes acessórios de cartéis difusos.

Tanto o Guia de Termos de Cessação de Conduta quanto o Guia de dosimetria de Sanções do CADE, que reproduzem a jurisprudência do Tribunal da autarquia, estabelecem que nos cartéis difusos a alíquota de referência deve ser de 8%, podendo ser superior a esse valor ou chegar a um mínimo de 5%, considerando os agravantes e atenuantes da conduta.

Assim, a sanção a ser imposta a participantes pontuais em cartéis clássicos deve ter como parâmetro a pena base dos cartéis difusos, dado que o seu envolvimento no conluio foi irrelevante para a estabilidade, institucionalidade e longa duração do cartel clássico, não podendo, assim, receber tratamento similar ao conferido às empresas que tiveram participação efetiva durante toda a duração do cartel, em obediência ao princípio da proporcionalidade.

BIBLIOGRAFIA

COMISSÃO EUROPEIA. *Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.o do Tratado*. Bruxelas, 2004. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427\(07\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(07)&from=EN). Acesso em 20.09.2020.

COMISSÃO EUROPEIA. *Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.o 2, alínea a), do artigo 23.o do Regulamento (CE) n.º 1/2003*. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC0901\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC0901(01)). Acesso em 30 jun. 2024.

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.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Guia Dosimetria de Multas de Cartel*. Brasília: CADE, 2023. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/Guia-dosimetria-de-multas-de-cartel.pdf>. Acesso em: 10.12.2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel*, Brasília: CADE, 2017, p. 36/37. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf>. Acesso em: 03.08.2019.

COUTINHO, Diogo R.; SAITO, Carolina. Como o Cade conecta provas indiretas na análise de cartel. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-o-cade-conecta-provas-indiretas-na-analise-de-cartel-28092021>. Acesso em 22 out. 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. São Paulo: Malheiros, 2019.

EUROPEAN COMMISSION. *Guidance on Restrictions “by object” for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice*, 2014.

FERREIRA, João Alexandre Pateira. A “abordagem mais econômica” ao direito europeu da concorrência : acordos entre empresas, restrições concorrenciais por objeto e a análise dos efeitos na aplicação do artigo 101.º, n.1 do tratado sobre o funcionamento da União Europeia. Universidade de Lisboa. Tese especialmente elaborada para obtenção do grau de Doutor em Direito, 2018.

FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Cartéis e Indução a Conduta Uniforme: infrações por objeto ou *per se*? O tema à luz do sistema jurídico brasileiro. In: RODAS, João Grandino. *Direito Concorrencial: Avanços e Perspectivas*, vol. 5, livro 1. Curitiba: Editora Prismas, 2018.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GABAN, Eduardo Molan. Regra “PER SE” no direito antitruste brasileiro: um grande erro. WebAdvocacy. Brasília, DF, 16 de março de 2022. Disponível em: <https://webadvocacy.com.br/2022/03/16/regra-per-se-no-direito-antitruste-brasileiro-um-grande-erro/>. Acesso em 24.06.2024.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. 3. ed., St. Paul, MN, USA: Thomson/West, 2005.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Defining Hard Core Cartel Conduct: Effective Institutions, Effective Penalties*. Luxembourg: ICN Working Group on Cartels, 2005. Disponível em: <https://www.>

internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/CWG_BuildingBlocks.pdf. Acesso em 05.01.2024.

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.

MENDES, Gabriela Faria. As infrações por objeto e por efeito no Direito da Concorrência. Universidade do Porto, Mestrado (2º ciclo de estudos) em Direito. Porto, 2019, p. 20.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*. Disponível em: <https://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>. Paris: OECD. Acesso em: 02.03.2017.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Recommendation of the OECD council concerning effective action against hard core cartels*, Paris: OECD, 1998. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/recommendationconcerningeffectiveactionagainsthardcorecartels.htm>. Acesso em 12.02.2002.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RIBAS, Guilherme Favaro. *Processo administrativo de investigação de cartel*. São Paulo: Singular, 2016.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Apontamentos para a Formulação de uma Teoria Jurídica dos Cartéis*. In: SALOMÃO FILHO, Calixto.

Regulação e Concorrência (Estudos e Pareceres. São Paulo: Malheiros, 2002, p.190-208.

SANTOS, Flávia Chiquito dos. Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SANTOS, Flávia Chiquito dos. Quando o simples é sofisticado: clareza na tipificação de cartéis e na interpretação da regra per se. *Revista de Defesa da Concorrência* v.5, n. 2, p. 103-130, 2017. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/348>. Acesso em 25.06.2024.

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.

SILVEIRA, Paula Farani de Azevedo; BAQUEIRO, Paula. A Jurisprudência do CADE em casos de tabelas de preços: um estudo sobre as categorias de ilícito e metodologias de análise utilizadas. In: JESUS, Agnes Macedo de et. Al. *Mulheres no antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2018. pp. 143-157. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3440898. Acesso em: 29.09.2020.

VELJANOVSKI, Cento, Cartel Fines in Europe - Law, Practice and Deterrence. *World Competition*, vol. 29, March 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=920786. Disponível em: 3 jul. 2024.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A “regra da razão” e o controle de condutas anticompetitivas pelo Cade. In: CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Evolução do antitruste no Brasil*. São Paulo: Singular, 2018, p. 895-927.

WILS, Wouter P. J. Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice. *World Competition*, vol. 29, No. 2, June 2006. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=883102>. Disponível em: 3 jul. 2024.