

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

DOSHIN WATANABE

REVISÃO JUDICIAL DAS MULTAS APLICADAS PELO CADE EM CARTÉIS

Monografia apresentada à Universidade Federal do Paraná, disciplina TCC (DIR 402), sob a orientação do professor Alexandre Ditzel Faraco, no curso de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: ALEXANDRE DITZEL FARACO

Curitiba

2016

TERMO DE APROVAÇÃO

DOSHIN WATANABE

REVISÃO JUDICIAL DAS MULTAS APLICADAS PELO CADE EM CARTÉIS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do professor Alexandre Ditzel Faraco, no curso de Direito da Universidade Federal do Paraná. Pela seguinte banca examinadora:

Prof. Alexandre Ditzel Faraco

Orientador – Departamento de Direito Público

Prof. Egon Bockmann Moreira

Examinador - Departamento de Direito Público

Prof. Rodrigo Kanayama

Examinador - Departamento de Direito Público

Curitiba, 25 de novembro de 2016.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha família, por tudo de bom que me proporcionaram (e ainda proporcionam).

Agradeço ao professor Alexandre Ditzel Faraco, por ter aceitado orientar esta monografia e por ter sido fonte de constante inspiração para mim durante o curso de Direito da UFPR. Admiro-o muito.

Agradeço ao escritório de advocacia Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, motivo do meu aprimoramento constante como profissional e acadêmico. Em especial, agradeço ao Grupo Fernão. Os incentivos e ensinamentos constantes de seus integrantes foram imprescindíveis para minha evolução (em todos os sentidos).

Agradeço também aos colegas e amigos de faculdade. Dentre todos esses laços de amizade, dou especial destaque para os que foram firmados com os membros do grupo Homens do Alabama (do qual tenho a honra de fazer parte).

Não posso deixar de agradecer a todos os contribuintes pelo oneroso investimento que viabilizou esse privilégio que foi estudar na UFPR, de forma gratuita e com qualidade. Não ignoro que essa gratuidade é uma ilusão (pois cada aluno custa muito caro) e confesso que esse agradecimento teria sido esquecido em um gesto inconsciente de egoísmo, não fossem as palavras de meu orientador, que embora não tenham sido direcionadas a mim, atingiram-me profundamente. Enfim, espero esse trabalho retribua em parte os recursos custosamente alocados.

Por fim, agradeço a Arthur Schopenhauer, Aristóteles (Platão), Franz Kafka, Leon Tolstói e Johann Wolfgang von Goethe. Muitas vezes abrindo mão de seu próprio bem-estar, esses gênios se sacrificaram para trazer luz à humanidade (e a mim) através de suas obras. Suas palavras, ideias e reflexões são a minha companhia mais sincera.

“Pode-se dizer que o homem deu a vontade a si mesmo, pois, a vontade é ele próprio: mas o intelecto é uma dádiva que ele recebeu do céu – ou seja, do eterno e misterioso destino e de sua necessidade, cujo mero instrumento foi sua mãe.”

Arthur Schopenhauer

RESUMO

Esta monografia trata da revisão judicial das multas aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em processos administrativos instaurados para apuração e condenação de uma específica prática de violação à ordem econômica: o cartel. A delimitação do tema se revelará através da análise, que será feita sempre tendo em vista um norte específico: a efetividade das multas aplicadas aos cartéis pelo CADE. Assim, a primeira parte do trabalho conceituará o cartel, analisará os dispositivos da Lei 12.529/2011 que são aplicáveis aos cartéis, bem como seus tipos e principais efeitos negativos causados à concorrência, à economia e aos consumidores. Em seguida, serão analisadas as penalidades cabíveis. A aplicação de multa ganhará destaque, por ser o principal instrumento de repressão e prevenção. Ainda nesse tópico, serão analisados os critérios para fixação do montante da penalidade pecuniária. A segunda parte abordará a revisão judicial das decisões do CADE, suas peculiaridades e amplitude. Mais especificamente, tratará da revisão judicial das multas aplicadas, elencando os argumentos favoráveis à revisão judicial ampla e os favoráveis à revisão judicial restrita. Por fim, serão analisados os casos dos cartéis mais emblemáticos e com maiores multas aplicadas, e os impactos causados pela revisão judicial na efetividade das sanções aplicadas em cada caso.

PALAVRAS-CHAVE: revisão; judicial; cartéis; multas; penalidade; pecuniária; CADE; Conselho; Administrativo; Defesa; Econômica.

ABSTRACT

This term paper analysis the judicial review of the fines imposed by the Administrative Council for Economic Defense (CADE), in administrative proceedings initiated for investigation and punishment of a specific practice of violation against the economic order: the cartel. The delimitation of the theme will be revealed through the analysis, which will always be made in view of a specific guidance: the effectiveness of fines imposed on cartels by CADE. The first part of the work will define the cartel, examining the provisions of Law 12.529/2011 that apply to cartels, analyzing their types and main negative effects on competition, the economy and consumers. Then, the appropriate penalties will be assessed. The fine will gain prominence as the main instrument of repression and prevention. Also, this topic will analyze the criteria for fixing the amount of the fines. The second part will focus on the judicial review of CADE's decisions, its peculiarities and amplitude. More specifically, the judicial review of fines will be discussed, listing the arguments in favor of broad judicial review and those in favor of restricted judicial review. Finally, the brazilian cases concerning the most emblematic cartels and with the higher fines that were applied will be analyzed, as well as the impacts caused by judicial review on the effectiveness of sanctions imposed in each case.

KEY-WORDS: review; judicial; cartels; fines; CADE; Administrative; Council; Economic; Defense.

SUMÁRIO

Sumário

1. INTRODUÇÃO	1
2. OS CARTÉIS – ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL	4
2.1. CONCEITO E PREVISÃO LEGAL (ART. 36 DA LEI 12.529/2011)	4
2.2. CONDIÇÕES (FATORES ESTRUTURAIS DE MERCADO QUE FACILITAM O CONLUIO).....	8
2.3. TIPOS DE CARTÉIS (CATEGORIAS DOUTRINÁRIAS)	9
2.4. EFEITOS (CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA).....	10
2.5. PENALIDADES APLICÁVEIS (ARTS. 37 E 38 DA LEI 12.529/2011).....	12
2.6. APLICAÇÃO DE MULTA (ART. 37 DA LEI 12.529/2011).....	13
2.6.1. Critérios para aplicação da multa (art. 45 da Lei 12.529/2011)	16
2.6.2. Os 2 principais métodos de aplicação dos critérios.....	17
3. REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE – PECULIARIDADES	23
3.1. AMPLITUDE DA REVISÃO JUDICIAL	25
3.2. PRINCIPAIS ASPECTOS DA REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE.	27
3.3. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À AMPLA REVISÃO DAS MULTAS APLICADAS PELO CADE.....	27
3.4. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À AMPLA REVISÃO DAS MULTAS APLICADAS PELO CADE (FAVORÁVEIS À REVISÃO RESTRITA).....	31
3.5. LIMITES À REVISÃO JUDICIAL NA APLICAÇÃO DAS MULTAS: GRAU DE DETERRÊNCIA E IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....	34
4. SELEÇÃO DE CASOS DE CARTÉIS CONDENADOS NO ÂMBITO DO CADE E AS PRINCIPAIS DECISÕES DE MÉRITO DO PODER JUDICIÁRIO	36
4.1. REVISÃO JUDICIAL DAS MAIORES MULTAS APLICADAS PELO CADE EM CARTÉIS.....	36
4.1.1. O cartel dos gases – aprox. R\$ 2,33 bilhões (Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70)	37

4.1.2. O cartel dos vergalhões de aço – aprox. R\$ 345 milhões (Processo Administrativo n.º 08012.004086/2000-21)	40
4.2. OUTROS CARTÉIS RELEVANTES E DE CARÁTER EMBLEMÁTICO	42
4.2.1. O cartel da White Martins – R\$ 24 milhões (Processo Administrativo n.º 08000.022579/1997-05)	42
4.2.2. O cartel dos aços planos – aprox. R\$ 58,5 milhões (Processo Administrativo n.º 08000.015337/1997-48)	45
4.2.3. O cartel dos genéricos (Processo Administrativo n.º 08012.009088/1999-48).....	48
4.2.4. O cartel das britas – aprox. R\$ 40,7 milhões (Processo Administrativo n.º 08012.002127/2002-14)	52
4.2.5. O cartel dos vigilantes – R\$ 40,5 milhões (Processo Administrativo 08012.001826/2003-10)	55
4.2.6. O cartel dos tacógrafos – Siemens VDO/Continental – R\$ 10,8 milhões (Processo Administrativo n.º 08012.004484/2005-51).....	60
4.2.7. O cartel de TV por Assinatura no Município de Blumenau/SC – R\$ 4,5 milhões (Processo Administrativo n.º 53500.003888-2001)	63
5. LEVANTAMENTO DAS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES E IMPACTOS DA REVISÃO JUDICIAL DAS MULTAS APLICADAS NOS CASOS ANALISADOS	65
6. EQUILÍBRIO ENTRE A EFETIVIDADE DA PUNIÇÃO E A EFETIVAÇÃO DAS GARANTIAS	66
6.1. PRINCIPAIS FUNDAMENTOS DAS DECISÕES QUE MANTIVERAM AS MULTAS.....	66
6.2. PRINCIPAIS FUNDAMENTOS DAS DECISÕES QUE REVISARAM AS MULTAS	67
6.3. PRINCIPAIS FUNDAMENTOS DAS DECISÕES QUE ANULARAM AS MULTAS	67
7. ALGUMAS CONTRADIÇÕES ORIUNDAS DA REVISÃO JUDICIAL NOS CASOS ANALISADOS	68
8. CONCLUSÃO.....	71

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratará da revisão judicial das multas aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em processos administrativos envolvendo a apuração e sanção de uma específica prática de violação à ordem econômica: o cartel.

O tema é delimitado na medida em que a análise será feita sempre tendo em vista um norte específico: a efetividade das multas aplicadas pelo CADE aos cartéis. Assim, a análise dos casos tratados será focada: (i) nas multas aplicadas; (ii) no impacto causado pela revisão judicial; (iii) na legitimidade e limites dessa revisão.

Pesquisar e analisar a revisão judicial das decisões concorrenciais é de extrema relevância em um contexto político-social de fortalecimento do órgão antitruste brasileiro¹, que vem se consolidando sobre a estrutura moldada pela Lei n.º 12.529/2011.

Nada mais pertinente para avaliar o crescimento da efetividade e poder repressivo do CADE do que analisar se a sua atividade sancionatória (principalmente aplicação de multas) está sendo chancelada pelo Poder Judiciário. Podemos elencar no mínimo três justificativas para a importância de analisarmos especificamente as sanções aplicadas aos cartéis.

A primeira justificativa que se destaca é que dentre todas as condutas anticompetitivas, o cartel é considerado a mais grave lesão à concorrência. Além de trazer prejuízos de bilhões de reais ao consumidor e prejudicar a inovação, o cartel trava o aprimoramento dos processos produtivos. Isso retira o bem-estar do consumidor e em longo prazo retira a competitividade da economia como um todo. Em suma, como o próprio CADE (2009, p. 6-7) afirma: “*o Brasil, desde 2003, considera o combate a cartéis uma prioridade absoluta*”.²

A segunda justificativa peculiar (em parte decorrência da primeira) é que a persecução de cartéis enseja as maiores e mais representativas sanções aplicadas pelo CADE. A título de exemplo, o relatório de gestão do CADE de 2015 revela que a maior parte do valor das multas aplicadas naquele ano foi em condenações por prática de cartel, totalizando o valor de cerca de R\$ 179,7 milhões. Ainda, dentre os Processos Administrativos (PA) que resultaram em

¹ Podemos mencionar também o surgimento de novos desafios. A título de exemplo, a lei 13.334/2016 trouxe a previsão de articulação do CADE com os órgãos competentes no âmbito do PPI (Programa de Parcerias de Investimentos), com o objetivo de formular programas de compliance para defesa da concorrência (art. 6º, inc. III da Lei 13.334/2016) e contribuir para a ampla e justa competição na celebração de parcerias (art. 24-F, inc. IV da Lei 10.683/2003 - incluído pela Lei 13.334/2016). Assim, constata-se um gradativo surgimento de novas atribuições, que impõem cada vez mais a interação do CADE com outros órgãos e entidades da Administração Federal.

² BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Combate a cartéis e programa de leniência. Brasília: Publicação Oficial, 3ª ed., 2009, p. 6-7.

condenação no ano de 2015, as multas aplicadas em cartéis representaram o percentual de 63%³.

A terceira justificativa resulta da importância na repressão aos cartéis nos tempos de crise econômica⁴. Em 2015 e 2016 a retração do PIB e inflação elevada evidenciou que o Brasil passa por um momento de recessão. Alguns economistas dão o prognóstico de que o país passará por mais uma “década perdida”⁵. E se o nosso país passa por um período de crise, a repressão às ineficiências econômicas no âmbito da concorrência ganha maior relevância.

Com a questão da efetividade do CADE em foco, a revisão judicial surge como fator determinante⁶, podendo abalar ou fortalecer a autoridade e legitimidade do órgão.

Um acontecimento que ilustra bem esse embate é a recente anulação judicial da maior multa aplicada pelo CADE na história do antitruste brasileiro, que ocorreu no chamado “Cartel dos Gases”⁷. As empresas condenadas ajuizaram ações perante o Judiciário e obtiveram a declaração de nulidade do processo administrativo em 1º e 2º instância (pela ilicitude das provas produzidas). Em breve⁸, as multas aplicadas para ressarcimento de R\$ 2,33 bilhões (valor representativo dos danos causados à coletividade) se tornarão definitivamente ineficazes, e todo o trabalho desenvolvido pelo CADE em mais de 6 anos de instrução processual se transformará em esforços inúteis.

Essa decisão judicial marcante sinaliza a importância de uma reflexão sobre a política de repressão aos cartéis que vem sendo adotada pelo CADE e revista pelo Poder Judiciário.

³ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. **Relatório de gestão do exercício de 2015**. Brasília: março de 2016, p. 82-83.

⁴ Ressalta-se que existe dissenso sobre a política antitruste que deve ser adotada em tempos de crise: há autores que defendem seu afrouxamento como medida favorável à recuperação da recessão; outros reafirmam o caráter deletério do cartel e a necessidade de uma política fortemente repressiva, especialmente em tempos de instabilidade econômica.

⁵ Cf. LOYOLA, Gustavo. **Mais um ano perdido**. Valor, 04 jan. 2016; SETTI, Rennan. **Brasil repete década perdida de 1980 e já vive ‘depressão’, diz economista**. O Globo, 01 jun. 2016.

⁶ Confira-se a avaliação feita pela OCDE em 2010 sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: “**O SBDC reconhece cada vez mais que os tribunais brasileiros são uma parte crítica do processo de aplicação do direito da concorrência. As partes envolvidas em processos relacionados à defesa da concorrência estão cada vez mais dispostos a recorrer das decisões do SBDC junto aos tribunais, seja em busca de medidas liminares, enquanto uma investigação ou processo está em curso, seja interpondo recursos contra a decisão final do CADE. O principal efeito dessa propensão ao litígio nos casos de defesa da concorrência tem sido o atraso na implementação das decisões do CADE. Até recentemente, a grande maioria das decisões do CADE em casos de conduta não havia sido aplicada devido aos inúmeros recursos judiciais propostos. Além disso, casos de todos os tipos progredem lentamente no sistema judiciário brasileiro. Não é incomum que um caso leve dez anos ou mais para que alcance uma decisão final junto ao Judiciário. Em 2006 o SBDC confrontou este problema, havendo alcançado relativo sucesso, como descrito abaixo. Porém, os problemas subjacentes permanecem.**” [OCDE. BID. Lei e Política de Concorrência no Brasil: Uma revisão pelos pares (tradução não oficial). 2010, p. 59 – sem grifos no original].

⁷ PA n.º 08012.009888/2003-70.

⁸ Há baixa probabilidade de reversão dessa decisão nos tribunais superiores, considerando que foi uma decisão do próprio Superior Tribunal de Justiça que resultou na anulação do PA pelo Tribunal de origem.

Ainda, evidencia a necessidade reflexão crítica sobre a necessidade de maior ou menor deferência do Judiciário com as decisões do CADE. Uma perspectiva adequada sobre a relação entre essas duas esferas é fundamental para que os esforços empreendidos pelo CADE não sejam varridos por revisões judiciais exorbitantes e excessivas, prejudicando a efetiva análise e repressão das condutas ilícitas.

Além dos aspectos relevantes já elencados, também é importante mencionar que há um movimento global destinado a combater os cartéis⁹, em razão de seus conhecidos danos aos consumidores e a facilidade em identificar seus prejuízos. Em suma, a ideia central desse movimento institucional é gerar o máximo de instabilidade entre os *players* do cartel, reprimindo instrumentos de estabilização e criando mecanismos que alterem os ganhos e custos¹⁰ associados ao ilícito.

E é aí que mais uma vez surge a problematização da atuação do Poder Judiciário. É fundamental que cada vez mais se esclareça o papel dos juízes nesse jogo e como isso afeta o comportamento dos *players*. Afinal, a intervenção do Judiciário pode impactar drasticamente nos objetivos da política concorrencial¹¹.

Enfim, todas as questões postas acima transparecem a importância de se analisar a qualidade da revisão judicial das sanções pecuniárias antitruste. Embora esse estudo seja imprescindível, percebe-se uma lacuna na literatura concorrencial nacional a respeito do tema¹². Portanto, o presente trabalho se desdobrará tendo em vista o pano de fundo delineado e a necessidade de um estudo acadêmico com esse escopo na literatura antitruste.

⁹ Além da adoção de instrumentos como acordos de leniência e criminalização de condutas, as autoridades têm buscado aprimorar a perseguição dos cartéis através de 2 vertentes: (i) elevação dos receios de detecção da conduta; (ii) ameaça de sanções severas, com aplicação devidamente individualizada. Sobre o tema, essenciais são as reflexões desenvolvidas por Mariana Tavares de Araujo e Marcio Benvenha Chede no artigo Repressão a cartéis em múltiplas jurisdições [In: MARTINEZ, Ana Paula (Org.). **Temas atuais de Direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2012, p. 224-227].

¹⁰ Essa estratégia se baseia na teoria dos jogos e tem aplicação fértil no combate aos cartéis, os quais tendem a ser instáveis por natureza, pois a cooperação entre os agentes do cartel necessita de instrumentos muito eficientes na troca de informações.

¹¹ A peculiaridade do momento econômico nacional e a judicialização crescente foram dois motivos indicados pelo Relatório de Gestão do exercício de 2015 para explicar a baixa arrecadação direta de multas oriundas de condenações do CADE: “*a baixa arrecadação direta oriunda de condenação pelo Conselho (...) pode ser explicada tanto pelo momento econômico nacional quanto pelo incremento da discussão destas condenações perante o Poder Judiciário. Como mencionado acima, a Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade tem se esforçado em assegurar que toda suspensão de crédito se dê apenas através de apresentação de garantia idônea no valor da multa aplicada.*” (BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. **Relatório de gestão do exercício de 2015**. Brasília: março de 2016, p. 66, sem grifos no original).

¹² Principalmente em razão da dificuldade de acesso, organização e consolidação da jurisprudência, o que é fundamental para uma análise jurídica adequada e realista em relação à natureza e ao tipo de revisão judicial que vem incidindo sobre as multas aplicadas pelo CADE para sancionar os cartéis.

Após essa introdução, o capítulo 2 conceituará o cartel e analisará os dispositivos da Lei 12.529/2011 que lhe são aplicáveis, bem como seus tipos, condições e principais efeitos negativos causados à concorrência, à economia e aos consumidores. Na sequência, delineará os principais aspectos legais e doutrinários relativos à aplicação da sanção pecuniária e os respectivos critérios para fixação de seu montante pelo CADE.

O capítulo 3 abordará a revisão judicial das decisões do CADE, suas peculiaridades e amplitude. Mais especificamente, tratará da revisão judicial das multas aplicadas, elencando os argumentos favoráveis à revisão judicial ampla e os favoráveis à revisão judicial restrita. Encerrando a parte doutrinária, traçará os contornos e limites à revisão judicial, extraídos principalmente da experiência europeia.

No capítulo 4, serão descritos os casos e processos judiciais dos cartéis mais emblemáticos e com as maiores multas já aplicadas pelo CADE. Em seguida, analisar-se-á os impactos causados pela revisão judicial em cada caso e os principais argumentos utilizados pela jurisprudência para justificar a manutenção, revisão ou anulação das multas. Com base em tudo que foi desenvolvido, serão feitas constatações e indicadas algumas contradições. Para arrematar, a conclusão.

2. OS CARTÉIS – ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL

2.1. CONCEITO E PREVISÃO LEGAL (ART. 36 DA LEI 12.529/2011)

O CADE (2009, p. 6) conceitua cartel como “*acordo entre concorrentes para, principalmente, fixação de preços ou quotas de produção, divisão de clientes e de mercados de atuação.*”¹³. Indica ainda que a prática do cartel “*é a mais grave lesão à concorrência*”¹⁴.

Tendo em vista o escopo desse trabalho, adotaremos uma concepção mais genérica de cartel. O ilícito será definido como: *acordos ilegais, entre agentes econômicos independentes*

¹³ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Combate a cartéis e programa de leniência. Brasília: Publicação Oficial, 3ª ed., 2009, p. 6.

¹⁴ Idêntica é a assertiva feita por Eduardo M. GABAN e Juliana O. DOMINGUES: “*Dentre os acordos horizontais, a maioria dos países considera os acordos de cartéis como a mais grave ofensa à concorrência*” (Direito antitruste: o combate aos cartéis. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 163).

(concorrentes ou não¹⁵), para ajuste de variáveis comerciais sensíveis com o objetivo de regular privadamente o mercado¹⁶⁻¹⁷.

O atual Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é regido pela lei 12.529/2011. As infrações à ordem econômica são tratadas especificamente no art. 36, que dispõe:

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; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Dessa definição se constata que os atos que tenham como objetivo (ou possam alcançar) os efeitos elencados acima, configuram ilícitos anticoncorrenciais, independentemente da análise do elemento subjetivo do agente¹⁸ e do alcance dos resultados pretendidos pelo ato. Isso significa que a responsabilidade pelos atos que gerem os efeitos previstos é objetiva¹⁹ (*i.e.*, o elemento subjetivo do agente é ignorado) e prescinde da ocorrência do resultado concreto.

Não obstante, a prática da conduta por si só nem sempre implicará automaticamente na configuração do ilícito. Isso ocorre porque a avaliação dos efeitos é imprescindível na análise

¹⁵ Um exemplo que demonstra a admissibilidade de uma concepção mais ampla de cartel pode ser encontrado no caso do “Cartel da White Martins” (v. capítulo 4, item 4.2.1 do presente trabalho). Nesse caso julgado pelo CADE, o ilícito se configurou através de conluio entre duas empresas não concorrentes, que através de contrato de exclusividade tiveram como único objetivo monopolizar o fornecimento de matéria-prima, causando prejuízo para a concorrente de uma dessas empresas. O ponto central nesse cartel é que o conluio se deu entre a empresa fornecedora e a compradora do bem, esta com o objetivo de impedir o acesso de potencial concorrente ao mercado.

¹⁶ GICO JUNIOR., Ivo T. **Cartel – Teoria Unificada da Colusão**. São Paulo: Lex, 2007, p. 166.

¹⁷ TAUFICK, Roberto D. Nova Lei Antitruste Brasileira – A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 186-187.

¹⁸ A expressão “independentemente de culpa” do antigo art. 20 da Lei 8.884/94 (de redação idêntica ao atual art. 36) foi objeto da ADIN 1094-8, que ainda aguarda julgamento definitivo pelo STF. Ao indeferir a liminar em relação a esse dispositivo, o relator Min. Carlos Veloso consignou que essa previsão não violaria a Constituição, pelo menos em um primeiro exame.

¹⁹ Confira, no mesmo sentido: (i) “É de natureza objetiva a responsabilidade em questão, porque não se perquire da existência de culpa do agente, ou seja, a caracterização da infração da ordem econômica prescinde de qualquer análise ou de qualquer prova de ordem subjetiva” (Voto do Conselheiro Ruy Santacruz no PA 08000.015337/94-48). (ii) “Importante salientar que a doutrina, dispensa dolo para caracterização do ato lesivo, muito embora ele possa ser levado em consideração para efeitos da dosimetria da sanção” (Voto do Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior no PA 08000.022579/97-05). (iii) “O controle de conduta do agente econômico emprega a técnica da impessoalidade do injusto, ou seja, consagra a responsabilidade objetiva. É o que se extrai da expressão independentemente de culpa (...)” (SANTIAGO, Luciano S. Direito da Concorrência: Doutrina e Jurisprudência. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 200)

da ilicitude no caso concreto. Essa cautela é necessária (segundo a doutrina majoritária²⁰) porque o direito concorrencial brasileiro observa a regra da razão (*rule of reason*), que impõe a análise dos benefícios e desvantagens da conduta²¹.

Posição contrária estaria na adoção de um sistema concorrencial orientado pelo conceito de ilícitos “*per se*”. Nesse caso, as condutas seriam reprimidas e condenadas sem uma análise mais pormenorizada a respeito de qualquer eficiência.

No entanto, esse embate de posições está superado. Isso porque o comando constitucional²² e conseqüentemente o sistema concorrencial brasileiro (SBDC)²³ são orientados pela ideia do abuso de poder econômico, conceito que está próximo do sistema europeu e se distancia da ideia de ilícitos “*per se*”, que foi concebida no sistema norte-americano.²⁴

Independentemente da concepção que se adote, as duas vertentes entendem que nos casos dos chamados cartéis *hard core* a análise dos efeitos e de qualquer racionalidade é desnecessária. Isso ocorre porque diante da gravidade da infração os benefícios são descartados de plano (com presunção de que os danos à concorrência extrapolam em muito os eventuais benefícios gerados pela eficiência).

Em relação às hipóteses elencadas no art. 36, é importante destacar que o cartel se encaixa de forma mais adequada na previsão dos incisos I, II e III. Esses incisos descrevem os efeitos mais imediatos e previsíveis do cartel: limitação e prejuízo da concorrência, aumento

²⁰ Cf. OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e Economia da Concorrência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed. rev. e atual., 2013, p. 52: “*não há, no Brasil, um tratamento per se de condutas anticoncorrenciais. Torna-se necessário, portanto, uma análise caso a caso para verificar se a prática sob exame prejudica a concorrência.*”. No mesmo sentido: CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius M. de.; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo C. Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 108; GABAN, Eduardo M.; DOMINGUES, Juliana O. Direito antitruste. São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 2012, cap. 7, item 7.4.

²¹ Ao analisar os critérios de racionalidade e razoabilidade do § 1º, art. 54 da antiga Lei 8.884/94, que elencava parâmetros para autorização dos atos de concentração, Alexandre D. Faraco consignou a necessidade de sua observância também para análise das condutas: “*a análise das condições referidas no §1º, que determinam a licitude de certos atos, também deve ser feita em processos administrativos que buscam apurar a existência de infrações contra a ordem econômica. Se a hipótese investigada enquadra-se no §1º, não há que se falar de uma conduta ilícita.*” [Regulação e Direito Concorrencial (As Telecomunicações). São Paulo: Livraria Paulista, 2003, p. 219-220].

²² Art. 173, §4º da CF: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (grifo nosso).

²³ Art. 1º da Lei 12.529/2011: “Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC (...), orientada pelos ditames constitucionais de (...) repressão ao abuso do poder econômico”.

²⁴ Ainda que orientado pelo enfoque do direito penal econômico (em artigo publicado em 1985, sob a égide da Lei n.º 4.137/1962), José Inácio Gonzaga Franceschini já se pronunciava no sentido de que: “*o sistema brasileiro (...) repeliu o rígido conceito de delitos “per se” do sistema norte-americano, em favor do mais flexível conceito europeu de abuso do poder econômico*”. (A lei antitruste brasileira e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE: alguns aspectos. Brasília: R. inf. legisl., a. 22, n. 88, out/dez de 1985, p. 317-318).

indevido²⁵ ou ilegal dos lucros e dominação de determinado mercado. Ainda nesse artigo, temos um importante desdobramento no §3º, onde consta um rol exemplificativo das condutas que constituem infração à ordem econômica:

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

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

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

Da previsão do inciso I se extrai perfeitamente o conceito de cartel adotado no presente trabalho²⁶, que destaca a sua natureza de acordo entre concorrentes²⁷ sobre as variáveis econômicas ou concorrenciais.

As hipóteses previstas nas letras do inciso I especificam as diversas formas de acerto entre concorrentes. Ressalta-se que essas variações nem sempre apresentarão o mesmo nível de complexidade, e muitas vezes o ato colusivo envolverá mais de uma dessas formas²⁸.

Por fim, há mais 2 incisos do art. 36 que merecerem destaque por possuírem relação com a prática de cartel, uma vez que pressupõem a ideia de conduta concertada ou regulação privada do mercado:

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

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

O inciso II revela a intenção da lei em repreender especificamente as práticas colusivas que ocorrem no âmbito das associações, que constantemente se tornam instrumento para coordenação ilícita dos agentes econômicos em determinado mercado²⁹.

²⁵ Lucro indevido ou arbitrário no sentido extraível da Lei pode ser entendido como o lucro que não é resultado de uma atuação legítima ou eficiência econômica gerada pelo agente atuando independentemente, dentro de um determinado mercado com concorrência efetiva.

²⁶ “O inciso I traz condutas que, por serem ajustes de variáveis comerciais sensíveis com concorrente, são enquadradas como cartel. O leque não é exaustivo, mas deixa claro que o cartel é acordo entre agentes do mercado sobre as suas variáveis econômicas” (TAUFICK, Roberto D. Nova Lei Antitruste Brasileira – A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.186).

²⁷ No entanto, vale destacar certa insuficiência na expressão utilizada pela lei, na medida em que menciona somente o conluio entre concorrentes, quando o cartel pode envolver também associações, fornecedores e revendedores. Nas palavras de Roberto D. Taufick: “O cartel é uma joint venture de objetivo anticoncorrencial, com escopo muito mais amplo que uma associação entre concorrentes para ajustar preços” (Cf. TAUFICK, Roberto D. Cit., p.187).

²⁸ Cf. p. ex. PA 08012.001826/2003-10 (“Cartel dos Vigilantes” – envolvendo no mínimo 2 formas) e PA 08012.009888/2003-70 (“Cartel dos Gases” – envolvendo todas as formas).

Já o inciso VIII tem maior abrangência, revelando a preocupação do sistema constitucional³⁰ e concorrencial com a proteção da inovação através da pesquisa e desenvolvimento tecnológico. A repetição do comando constitucional na lei antitruste não é supérflua: a concorrência é o principal instrumento para promoção da inovação³¹.

Por outro lado, os cartéis são grandes inimigos da inovação. Isso porque o comportamento dos agentes em conluio se aproxima do monopolista. Assim, busca-se a maximização do lucro através do controle da oferta e conseqüentemente do preço, dispensando-se o aprimoramento dos produtos ou da estrutura produtiva³².

2.2. CONDIÇÕES (FATORES ESTRUTURAIS DE MERCADO QUE FACILITAM O CONLUIO)

O surgimento dos cartéis está intimamente relacionado: (i) ao comportamento estratégico dos agentes econômicos e (ii) à presença de certas condições estruturais que propiciam e facilitam a prática de atos cooperativos ilícitos.

O primeiro aspecto é analisado pela perspectiva econômica através da Teoria dos Jogos (pioneira nesse campo). O segundo envolve certos fatores estruturais³³ que podemos encontrar em determinados mercados, quais sejam³⁴: (i) número de concorrentes no mercado – quanto maior, mais difícil será a coordenação e monitoramento do acordo; (ii) existência de barreiras à entrada de novos competidores – impedindo o ingresso de concorrentes com preços mais competitivos e que ignorem o conluio; (iii) homogeneidade de produtos e de custos – facilitando o acerto sobre quantidades, preços e divisão de mercados; (iv) condições estáveis de custos e de demanda³⁵ – aumentando o poder de mercado e estabilidade do cartel;

²⁹ CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius M. de.; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo C. Cit., p. 109.

³⁰ Essa preocupação crescente do Estado com a promoção da inovação teve reflexo recente na promulgação da Emenda Constitucional n.º 85/2015, que atribuiu a seguinte redação ao caput do art. 218 da CF: “*O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação*” (sem grifos no original).

³¹ “(...) *via de regra, a concorrência é a principal mola que leva à inovação*”. (NUSDEO, Fábio; SALOMÃO FILHO, Calixto; FERRAZ JUNIOR, Tercio S. (Org.). Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção. Barueri: Editora Manole, 2009, p. 76).

³² “*E o cartel, normalmente, é antiinovador. Por que o cartel é antiinovador? Pela sua própria lógica. A inovação obriga quem está atrás a jogar fora “a máquina velha” e colocar em uso a “máquina nova”. Ela obriga a queima de capital obsoleto.*”. [NUSDEO, Fábio; SALOMÃO FILHO, Calixto; FERRAZ JUNIOR, Tercio S. (Org.). Cit., p. 76].

³³ Cf. a antiga (embora ainda parcialmente vigente) Resolução n.º 20/99 do CADE, que descreve a forma como as infrações econômicas eram analisadas pelo CADE.

³⁴ Cf. OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Cit., p. 55-58; GABAN, Eduardo M.; DOMINGUES, Juliana O. **Direito antitruste**. Cit., cap. 7, item 7.4.1.2.

³⁵ Reflexo do menor leque de alternativas do consumidor. Limitação que impede a compra de um produto substituto e mantém a demanda inelástica.

(v) existência de uma estrutura que facilite o aprendizado sobre as políticas de preços dos concorrentes³⁶ e a detecção de eventuais traidores entre as empresas envolvidas no acordo.

Embora a presença desses elementos por si só não seja suficiente para que se conclua pela existência de cartel, permitem presumir a maior probabilidade de sua ocorrência naquele mercado, na medida em que mais condições estejam presentes e facilitem a prática do conluio.

2.3. TIPOS DE CARTÉIS (CATEGORIAS DOUTRINÁRIAS)

Eduardo M. Gaban e Juliana O. Domingues (2012)³⁷ elegem o julgamento do PA 08012.002127/2002-14 (Cartel das Britas) como o ponto de referência para o reconhecimento de duas espécies de cartéis pelo CADE: (i) clássicos ou *hardcore* e (ii) difusos.

O primeiro tipo se caracteriza por estar revestido de alguma forma de institucionalidade para efetivação dos acordos sobre as variáveis concorrenciais³⁸. O segundo tipo tem os mesmos objetivos dos cartéis clássicos, com a diferença de possuir caráter eventual³⁹ e não institucionalizado.

No entanto, entendemos que essa classificação acaba pecando pelo simplismo e não reflete a complexidade da casuística. Portanto, adotaremos nesse trabalho uma classificação tríplice, sistematizada por Robert H. Lande e Howard P. Marvel (2000)⁴⁰:

- (i) Cartéis de fixação de preços/produção e divisão de mercados ou tipo I (*hardcore*)⁴¹;
- (ii) Cartéis de exclusão de rivais, difusos ou tipo II⁴²;
- (iii) Cartéis de manipulação das regras do mercado para redução da competição⁴³.

³⁶ P. ex. a ocorrência de licitações frequentes envolvendo empresas do mesmo setor.

³⁷ Cf. **Direito antitruste**. Cit., cap. 7, item 7.4.1.1.

³⁸ P. ex. preços, setores de consumidores e o montante de produção.

³⁹ Cf. entendimento externado por Roberto D. Taufick, para quem os cartéis difusos seriam marcados por seu caráter excepcional, destinado à reação dos concorrentes a um evento externo que tenha afetado todos de maneira conjunta (p. ex. cartel de crise). (TAUFICK, Roberto D. Cit., p. 186).

⁴⁰ Cf. LANDE, Robert H.; MARVEL, Howard P. The Three Types of Collusion: Fixing Prices, Rivals, and Rules. Wisconsin Law Review, vol. 2000, n. 941, 2000.

⁴¹ O cartel chamado *hardcore*, *clássico* ou *tipo I* consiste basicamente no acordo entre concorrentes a respeito: (i) de preços; (ii) da produção/oferta ou (iii) da divisão de mercados, com o objetivo de maximizar o lucro. Dentro dessa categoria clássica existem diversas variações, mas todas têm como traço distintivo o acordo para o alcance de preços em nível de monopólio e a coordenação de condutas de modo a evitar o desvio do preço monopolista. Ademais, percebe-se que há pouca ou nenhuma divergência a respeito das características desse tipo de cartel, bem como do grande prejuízo causado à concorrência por esse tipo de conduta.

⁴² O cartel *difuso* ou de *tipo II* se caracteriza pelo comportamento destinado a prejudicar os concorrentes que não fazem parte do acordo (Cf. Direito antitruste: o combate aos cartéis. Cit., p. 174-175). Isso pode ser feito tanto através de condutas que causem diminuição da receita das empresas rivais (como p. ex. preços predatórios) ou que aumentem seus custos (p. ex. influência na intensificação da regulação estatal). Depois que as empresas vítimas são excluídas, prejudicadas ou intimidadas, os integrantes do cartel podem elevar os preços entre si mesmos.

2.4. EFEITOS (CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA)

Neste item é feita uma breve análise dos principais efeitos causados pelos cartéis ao ambiente concorrencial.

2.4.1. Danos causados pelo sobrepreço

O efeito mais intuitivo e de fácil percepção é o aumento de preços. Independentemente do tipo de configuração que tenha o cartel, em algum momento⁴⁴ os agentes em conluio envolvidos tentarão aumentar seus lucros através do chamado “sobrepreço”⁴⁵. Esse aumento ilícito, por sua vez, gera danos que podem ser resumidos nas 3 seguintes categorias⁴⁶: (i) danos aos consumidores diretos⁴⁷; (ii) danos aos consumidores indiretos e/ou finais⁴⁸; (iii) danos aos fornecedores⁴⁹.

⁴³ Por fim, o terceiro tipo de cartel visa modificar as regras de competição de forma a diminuir a competição de preços entre os membros do cartel. Simplificadamente, podemos afirmar que consiste no comportamento coordenado destinado a: (i) distinguir os produtos, seja alterando suas características, seja mudando a percepção do consumidor (ii) vendê-los em locais diferentes dos rivais e (iii) traçar estratégias com a finalidade de reduzir a informação do consumidor (p. ex. combater propagandas que comparem preços de produtos similares). O resultado desse tipo de condutas é que as empresas fornecedoras, mesmo agindo de forma independente, poderão aumentar seus preços, pois estarão confiantes na ignorância do consumidor. Como os efeitos dessas condutas são de identificação e análise mais complexa, não se confundem com os cartéis de tipo I e II, e é mais adequado que sejam analisadas sob um tipo distinto. Um exemplo bastante ilustrativo de um cartel desse tipo é o caso americano envolvendo a Detroit Auto Dealers Association (DADA), que foi processada pela Federal Trade Commission (FTC) em 1984 por combinar o fechamento de concessionárias nos sábados, além de reduzir a quantidade de horas em que as lojas ficariam abertas durante a semana. Essa conduta teve como objetivo dificultar a comparação de preços pelos consumidores, que teriam menos tempo para pesquisar e identificar os preços mais vantajosos. Como consequência dessa assimetria de informação, as concessionárias poderiam aumentar os preços, em detrimento dos consumidores.

⁴⁴ Esse momento pode ser mais imediato (cartéis de tipo I), ou diferido no tempo (cartéis de tipo II, III). No último caso, o aumento posterior ocorre porque em um primeiro momento os agentes agirão para restringir ou moldar o mercado.

⁴⁵ A magnitude do sobrepreço foi estudada por diversos autores. Após analisar 395 cartéis mundiais, John M. Connor e Yuliya Bolotova chegaram à conclusão de que historicamente os cartéis causam a elevação de preços em cerca de aproximadamente 20% [Cf. BOLOTOVA, Yuliya; CONNOR, John M. Cartel Overcharges: survey and meta-analysis. *International Journal of Industrial Organization*. vol. 24. Issue 6 (November), p. 1109-1137, 2006. Apud. OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Cit., p.73].

-No julgamento do “Cartel dos Gases”, o conselheiro Fernando Furlan utilizou outro estudo feito por Connor para fixar o patamar de 25% de multa às empresas representadas. Esse valor representaria o aumento mediano de preços obtido pela maioria dos cartéis (Cf. voto do relator Furlan no PA 08012.009888/2003-70, p. 114-115).

-Com base neste mesmo estudo de Connor, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) estimou que o preço excessivo gerado pelos cartéis atinge percentuais entre 20 e 30% (Cf. OCDE. **Fighting hard core cartels in Latin America and the Caribbean**, 2005).

⁴⁶ Cf. OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Cit., p.69. Estes autores, por sua vez, se basearam em CONNOR, John M. Price-Fixing Overcharges: Legal and Economic Evidence, 2005.

⁴⁷ Consiste na perda de bem-estar dos consumidores diretos do produto cartelizado. O simples e puro aumento de preços que não reflita uma melhoria ou ganho de eficiência aferível pelo consumidor implicará em transferência de renda do consumidor para os membros do cartel e redução na quantidade consumida do produto. O consumidor estará em pior situação e amargará mais prejuízos na medida de sua dependência do produto cartelizado. Para o cálculo dos prejuízos aos consumidores diretos, é feita a análise e comparação dos preços e quantidades cobrados na presença e na ausência do cartel (*i.e.*, caso o mercado estivesse em concorrência). A diferença consistirá no lucro do cartel e respectivo prejuízo dos consumidores diretos.

2.4.2. Aumento na concentração de renda

Apesar de ser um efeito pouco aprofundado pela literatura antitruste especializada, o cartel também causa impactos na concentração de renda.

Um indicativo desse efeito pode ser demonstrado através de um estudo empírico elaborado por W. Comanor e R. Smiley (1975), que fizeram a comparação da situação vigente à época nos EUA com a que existiria na hipotética ausência de monopólio. Foram estimados os impactos dos monopólios na distribuição de renda entre as diversas camadas sociais conforme o transcurso do tempo⁵⁰. Através da estimativa de que o lucro monopolista entre 1890 e 1963 era de 3% do Produto Nacional Bruto⁵¹ americano, chegou-se a constatação de que na ausência de monopólio haveria aumento substancial na proporção de riqueza total das camadas mais pobres, concomitantemente à redução da proporção relativa às camadas mais ricas. Invertendo o raciocínio, chegamos à conclusão de que os monopólios têm como um de seus efeitos o aumento da concentração de renda.

Logo, adotando a premissa de que o cartel se assemelha ao monopólio, pois busca a obtenção de lucros monopolísticos⁵², podemos traçar o paralelo com o estudo de W. Comanor e R. Smiley e afirmar categoricamente que o cartel causa efeito semelhante ao do monopólio: concentração de renda.

2.4.3. Prejuízo à inovação, à melhoria dos produtos/serviços e ao aprimoramento do processo produtivo

⁴⁸ Trata-se do prejuízo repassado aos consumidores dos compradores diretos do cartel. Esse tipo de dano está intimamente relacionado com a importância que o insumo cartelizado tenha dentro da cadeia produtiva, e os respectivos impactos gerados no preço final do produto ou serviço destinado ao consumidor localizado no extremo dessa cadeia. Para elucidar o alcance dos danos, basta imaginar o impacto que eventual aumento no preço de insumos como cimento e aço pode causar só no setor de construção civil e em todos os contratos celebrados para execução de obras e empreendimentos dentro desse mercado.

⁴⁹ Os fornecedores das empresas envolvidas no ilícito também podem ser prejudicados, principalmente em razão de perda de vendas causada pela retração da demanda.

⁵⁰ COMANOR, William S.; SMILEY, Robert H. **Monopoly and the distribution of wealth**. Oxford University Press: the Quarterly Journal of Economics 89, 2 (1975), p. 177-194.

⁵¹ Livre tradução do original: “*gross national product (GNP)*”.

⁵² Para elucidar essa afirmação: “*Ele tem um efeito direto sobre o bem-estar econômico à medida que, elevando compulsoriamente os preços ao comprador ou reduzindo compulsoriamente os preços dos vendedores, transfere renda da sociedade para seus integrantes, numa situação semelhante ao monopólio*” (Direito antitruste: o combate aos cartéis. Cit., p. 164). No mesmo sentido: “*No caso de conluio/cartel, o comportamento ótimo da firma é semelhante ao comportamento de um mercado em monopólio*” (OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Cit., p. 69).

Por fim e como já indicado anteriormente, vale destacar que os cartéis também prejudicam a inovação⁵³, eficiência e o desenvolvimento. A partir do momento em que o cartel instala um ambiente anticompetitivo no mercado e adquire estabilidade, os agentes econômicos envolvidos não têm mais incentivos para inovar, melhorar os produtos e serviços ou aprimorar o processo produtivo.

Essa situação se agrava na medida em que a colusão se aperfeiçoa: o aumento do poder de mercado e a restrição da competitividade se tornam consequências inevitáveis. E quando as empresas conseguem maximizar os lucros unilateralmente, não têm mais motivos para inovarem e se aperfeiçoarem⁵⁴, já que inexistem competição e conflito para conquista do mercado.

2.5. PENALIDADES APLICÁVEIS (ARTS. 37 E 38 DA LEI 12.529/2011)

As penalidades aplicáveis em razão da prática das infrações do art. 36 da Lei estão concentradas nos arts. 37 e 38⁵⁵ da Lei 12.529/2011.

Tendo em vista o escopo do presente trabalho, a análise se concentrará na penalidade pecuniária (art. 37). Trata-se da medida mais tradicional e usual de repressão aos cartéis⁵⁶, com maior aplicabilidade tanto no âmbito do CADE como em outros órgãos internacionais⁵⁷.

Reconhecer sua prevalência não implica afirmar que as outras medidas são inócuas. Ao contrário, muitas delas têm maior potencial repressivo, podendo causar até a ruína do infrator. No entanto, o histórico jurisprudencial do CADE traz poucos casos em que essas

⁵³ “O poder de um cartel de limitar artificialmente a concorrência traz prejuízos também à inovação, por impedir que outros concorrentes aprimorem seus processos produtivos e lancem novos e melhores produtos no mercado. Isso resulta em perda de bem-estar do consumidor e, no longo prazo, perda da competitividade da economia como um todo.” (BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Combate a cartéis e programa de leniência. Cit.).

⁵⁴ “O cartel, reduzindo a concorrência entre as empresas, acaba reduzindo também a pressão para melhorar a qualidade dos produtos, os custos de produção, e a introdução de inovações.” (GABAN, Eduardo M.; DOMINGUES, Juliana O. **Direito antitruste**. Cit., cap. 7, item 7.4.1.1)

⁵⁵ O art. 38 trata das chamadas sanções alternativas, que consistem em: (i) veiculação de extrato da decisão condenatória em jornal; (ii) proibição de participar em licitações e contratar com instituições financeiras oficiais, em todos os níveis da federação; (iii) inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; (iv) recomendações para concessão de licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator e a não concessão de benefícios tributários; (v) imposição de medidas de reestruturação societárias e determinação de cessação parcial da atividade empresarial; (vi) proibição de exercer comércio; (vii) outros atos e providências necessários e não previstos no rol.

⁵⁶ Esse papel fundamental e importância ímpar da multa envolvem dois fatores. Primeiro, sua natureza pecuniária: a multa gera impacto imediatamente mensurável para quem pratica o ilícito. Segundo, porque é uma medida direta: a multa neutraliza o lucro ilicitamente auferido e ao mesmo tempo desestimula a prática de novos ilícitos (contanto que seu valor supere a vantagem obtida pelo infrator).

⁵⁷ A aplicação de multas é reconhecida como o principal instrumento de execução da política concorrencial no âmbito da União Europeia: “Ultimately, the power to impose fines can be regarded as a means conferred on the Commission to carry out a general competition policy” (PAZ, José Carlos L. de. Understanding the limits of judicial review in European competition law. *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 2, No. 1 (2014), p. 204).

sanções alternativas tenham sido efetivamente aplicadas⁵⁸ (com exceção da penalidade de publicação de extrato da decisão em jornal).

Ademais, não serão analisadas as multas previstas nos arts. 39-44, pois estão ligadas a infrações secundárias e servem principalmente para coagir os investigados ao cumprimento das obrigações impostas no processo administrativo ou puni-los pelo descumprimento.

2.6. APLICAÇÃO DE MULTA (ART. 37 DA LEI 12.529/2011)

A aplicação de sanção pecuniária está prevista no art. 37 da Lei 12.529/2011, que traz as seguintes disposições:

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

I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento)⁵⁹ 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; (destaques e grifos nossos)

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

III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.⁶⁰

⁵⁸ Essa timidez provavelmente é resultado da maior dificuldade de adequação dessas medidas ao crivo da proporcionalidade. Enquanto a multa tem parâmetro certo (vantagem auferida), as demais sanções têm critérios de aplicação menos tangíveis. Além disso, as sanções não pecuniárias são mais graves e exigem motivação distinta para sua aplicação: “A imposição de penalidades pecuniárias decorre da configuração do ilícito concorrencial. As sanções não pecuniárias descritas no artigo 38 representam punição adicional ao infrator e são permitidas apenas quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral. *Necessário, portanto, que a motivação do ato administrativo que determinar tais sanções seja distinta e mais grave que as razões que fundamentaram as penalidades pecuniárias descritas no artigo 37.*” (FARACO, Alexandre Ditzel; MARTINEZ, Ana Paula; JASPER, Eric Hadmann. Sanções não pecuniárias por infrações contra a ordem econômica. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 9-40, abr./jun. 2014).

⁵⁹ O antigo art. 23, inc. I da Lei 8.884/94, que previa multa de até 30% do faturamento bruto no último exercício, excluídos os impostos, foi questionado no âmbito da ADIN 1094-8. Alegou-se na ocasião que a multa no percentual de 30% seria confiscatória. O argumento foi rejeitado pelo STF em sede de análise liminar.

⁶⁰ Eduardo Reale Ferrari e Dalton Tria Cusciano, ao analisar o artigo equivalente da lei antitruste anterior (art. 23, inc. II, Lei 8.884/94) que previa multa de 10-50% do valor da multa aplicada à empresa, consignaram que aquele dispositivo teria caráter confiscatório. Destacam que nem sempre o “administrador” será o chefe executivo ou diretor geral da empresa, mas pode ser um mero funcionário de escalão comercial. Nesta última hipótese, a aplicação da multa nesses patamares seria confiscatória. Defendem ainda que a vinculação entre a multa da empresa e do administrador violaria a proporcionalidade e individualização da pena. (FERRARI, Eduardo R.; CUSCIANO, Dalton T. A multa administrativa antitruste e a sua natureza de confisco pessoal. *Revista do IBRAC*. São Paulo, vol. 16/2009, jan. 2009, p. 273 – 288).

-A reflexão ainda é válida, embora a Lei 12.529/2011 tenha adequado os parâmetros aplicáveis ao administrador e flexibilizado a dosimetria da pena.

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

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

Fazendo a exegese dos incisos, verifica-se que a sanção pecuniária pode ser aplicada:

(i) à empresa que praticou a infração; (ii) para as demais pessoas físicas ou jurídicas que, embora não desenvolvam atividade empresarial, tenham contribuído e sejam responsáveis pela prática da infração (independentemente da natureza jurídica e regime jurídico do entidade responsável); (iii) para o administrador vinculado à empresa ou outra entidade não empresarial responsável pela infração, desde que comprovada culpa ou dolo.

Os dois parágrafos trazem as hipóteses: (i) da multa duplicada para os casos de reincidência e (ii) da multa calculada com base no faturamento total, quando não disponível o valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração.

Merece especial destaque a parte final do inciso I. Ao dispor que a multa aplicada para empresa infratora “nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimativa”, constata-se que essa baliza proíbe o enriquecimento ilícito. Esse é seu escopo mais imediato. Logo, o principal objetivo desse comando consiste em impedir que a infração (cartel) se torne um “negócio lucrativo”.

Se as multas aplicadas forem menores que a vantagem auferida, é evidente que os agentes econômicos serão incentivados à prática do ilícito⁶¹ (se isso também for viável na estrutura do mercado relevante).

Isso porque é inevitável que o potencial infrator aja estrategicamente e coloque na balança os potenciais lucros com o cartel frente à probabilidade de ser capturado e condenado.

Esse raciocínio pode ser expresso pela seguinte fórmula:

$$f(\text{Incentivo à prática do cartel}) = f(\text{estrutura do mercado}) + [L(1-P) - M P]$$

L = lucros previstos para o cartel; $L > 0$

P = probabilidade de descoberta e condenação⁶²; $0 < P < 1$

⁶¹ Alerta feito de forma categórica na obra de João Bosco Leopoldino da Fonseca: “As penas não poderiam ser leves, porque, se o fossem, seriam um incentivo para descumprir a lei: seria mais interessante pagar as multas (se suaves) e continuar infringindo a lei.” [FONSECA, João Bosco L. da. Lei de proteção da concorrência (Comentários à Legislação Antitruste). Rio de Janeiro: Forense, 2007., p. 277]. No mesmo sentido: “(...) a multa não pode ser inferior à vantagem auferida, (...) sob pena de se anular o efeito repressivo que deve ter a aplicação da lei de defesa da concorrência em matéria de controle de condutas.” [ANDERS, Eduardo C.; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (coord.). Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 151-152].

M = multa aplicável; $M > 0$

Como a lei não impõe nenhum tipo de multa adicional para fins de desestímulo, nada impede que a multa seja equivalente à vantagem auferida (não haveria ilegalidade). Não obstante, o raciocínio desenvolvido revela que nesse caso os infratores não seriam desestimulados à prática do cartel. Assim, constata-se que o efeito dissuasório⁶³ não é alcançado com a vedação à fixação da multa em valor inferior à vantagem auferida⁶⁴ (art. 37, inc. I).

Esse é um aspecto crucial no sistema de fixação de multas da Lei 12.529/2011. Outros sistemas antitrustes já desenvolveram alguns mecanismos para assegurar o efeito dissuasório no momento de fixação das multas. A título de exemplo, podemos citar a cartilha de orientações da União Europeia (*2006 Guidelines on the method of setting fines*), prevendo expressamente que a autoridade responsável (Comissão Europeia) deverá adicionar entre 15 e 25% no montante base da multa, com a específica finalidade⁶⁵ de “*dissuadir as empresas de participarem até mesmo em acordos horizontais de fixação de preços, de repartição de mercado e de limitação de produção*”⁶⁶.

Com isso, percebe-se que as legislações e autoridades antitrustes em geral utilizam as multas e seu efeito dissuasório como principal instrumento para uma política efetiva de combate aos cartéis. Não obstante, estudos vêm apontando que esses instrumentos de fixação

⁶² “*Economic theory suggest that only 10-33 percent of illegal cartels are caught. Connor and Lande (2006) cite several surveys that state probabilities of detection between 10 and 33 percent. A survey by Combe et al. (2008) for the European Market results in probabilities between 12.9 and 13.3 percent.*” (SMUDA, Florian. *Cartel Overcharges and the Deterrent Effect of EU Competition Law*. ZEW - Centre for European Economic Research, Discussion Paper No. 12-050, 2012).

⁶³ Livre tradução da expressão “deterrent effect”, recorrente na doutrina estrangeira.

⁶⁴ Embora a atuação repressiva dos Conselheiros do CADE tenda a garantir que a multa seja fixada em patamar superior aos lucros do cartel, eventual regulamentação mais aprimorada nesse sentido seria muito proveitosa para evitar a fixação de multas sem efeito desestimulante, além de facilitar o controle do Judiciário e aumentar a segurança jurídica dos administrados.

⁶⁵ Ao analisar todos os passos previstos nesse regulamento para cálculo da multa, Damien Geradin destaca a finalidade específica desse adicional, intitulado “Taxa de Entrada”: “When calculating the fine, the Commission can add an extra sum to the variable amount: the two components together form the basic amount. This extra sum is set between 15% and 25% of the value of sales and is known as the “entry fee”. Its main purpose is to deter undertakings from even entering into illegal behaviour (i.e., preventing them from participating “to try and see”). The “entry fee” is not multiplied by the number of years of participation in the infringement. It is commonly imposed on hardcore cartel participants. (GERADIN, Damien. *The EU Competition Law Fining System: a reassessment*. Discussion Paper, Tilburg Law and Economics Center, October 2011, p. 9-10).

⁶⁶ Cf. ponto 25 da Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003 (versão em Português/PT): “*Além disso, independentemente da duração da participação de uma empresa na infração, a Comissão incluirá no montante de base uma soma compreendida entre 15 % e 25 % do valor das vendas tal como definidos na secção A, a fim de dissuadir as empresas de participarem até mesmo em acordos horizontais de fixação de preços, de repartição de mercado e de limitação de produção (...)*”.

das multas não têm sido suficientes para desincentivar os atos colusivos, mesmo em sistemas com diretrizes mais consolidadas⁶⁷.

Diante dessa dificuldade, o comando contido no art. 37, inc. I, parte final (vedando multa em valor inferior à vantagem auferida pelo infrator), e os critérios do art. 45 da lei serão fundamentais para avaliarmos a efetividade das multas aplicadas no âmbito do SBDC e os impactos causados pela revisão judicial.

2.6.1. Critérios para aplicação da multa (art. 45 da Lei 12.529/2011)

Os critérios para aplicação das penalidades estão previstos no art. 45 da Lei 12.529/2011⁶⁸. Esse dispositivo traz os parâmetros para que a autoridade antitruste defina os valores ou percentuais das multas do art. 37⁶⁹, fixando um patamar entre os mínimos e máximos previstos nas hipóteses dos incisos desse dispositivo. Trata-se de um rol⁷⁰ de 8 critérios, contendo 3 elementos subjetivos⁷¹ e 5 objetivos⁷².

⁶⁷ Estudo econométrico realizado por Florian Smuda sobre o sobrepreço dos cartéis e respectivas multas aplicadas pela Comissão Europeia constatou que 2 em cada 3 cartéis multados acabaram sendo lucrativos. Ao final, o autor conclui pela ausência de efeito dissuasório nas multas aplicadas: “*empirical evidence suggests that the current existing fine level of the EU Guidelines is too low in order to effectively prevent firms from cartel participation. Cartel sanctions should be based on the principle of deterrence, implying that expected punishments should outweigh the gains from price-fixing. With given information on overcharge levels and cartel durations of recent illegal cartels in Europe and results on the probability of detection from other sources we come to the conclusion that this is not the case. Hence, an effective deterrence is not achievable with the current level of fines, suggesting further adjustments of the European Guidelines.*” (SMUDA, Florian. Cit, p. 20-22).

⁶⁸ Esse elenco de critérios é mera repetição do art. 27 da Lei 8.884/94, não havendo inovação da nova lei nesse ponto.

⁶⁹ A respeito da aplicabilidade dos critérios ser restrita ao art. 37, cf. ANDERS, Eduardo C.; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (coord.). Cit, p. 181: “*As regras sugeridas atentam-se tão somente à aplicabilidade de penas pecuniárias em casos de condenação contra a ordem econômica. Isto é, às normas contidas do art. 37, incisos I e II da Lei.*”.

⁷⁰ Sobre a taxatividade ou caráter exemplificativo desse rol: “São específicos do direito concorrencial os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado e a especificação que o grau de lesão ou o perigo de lesão devem dizer respeito, especialmente, à livre concorrência, à economia nacional e aos consumidores (art. 45). Ao que tudo indica, essa enumeração é numerus clausus, e não meramente exemplificativa.” (OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Cit, p. 231 - sem destaques no original).

-Em sentido contrário, confira-se o entendimento do então Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan no PA 08012.009888/2003-70 (Cartel dos Gases): “*A Secretaria de Direito Econômico recomendou que a ausência de cooperação das representadas fosse ponderada no momento de apuração da multa cabível. A sugestão não é explicitamente vedada pela lei, que não estabelece uma lista exaustiva de critérios.*” (Voto proferido em 01/09/2010, fl. 116, sem destaque no original).

⁷¹ Elementos subjetivos: Boa-fé do infrator (art. 45, inc. II); Situação econômica do infrator (art. 45, inc. VII); Reincidência (art. 45, inc. VIII). Cf. FONSECA, João Bosco L. da. Cit., p. 281.

⁷² Elementos objetivos: Gravidade da infração (art. 45, inc. I); Vantagem auferida ou pretendida pelo infrator (art. 45, inc. III); A consumação ou não da infração (art. 45, inc. IV); O grau de lesão e efeitos negativos causados à economia, à livre concorrência, aos consumidores e às relações de mercado em geral (art. 45, inc. V e VI). (idem). Apesar de a doutrina consignar que o rol é taxativo, nada impede que o intérprete (CADE e Judiciário) considere ou incorpore outros elementos, como por exemplo: a extensão do mercado geográfico atingido e a duração da infração.

Em princípio, não há um motivo específico que justifique a escolha desses critérios pelo sistema brasileiro. Ao analisar a origem do antigo art. 27 (idêntico ao atual art. 45) da Lei 8.884 nos trâmites do PL 3712/93⁷³, percebe-se que sua redação final resultou de substitutivo conjunto fruto de entendimento entre partidos no Congresso⁷⁴, que foram orientados por diversos juristas e economistas.

2.6.2. Os 2 principais métodos de aplicação dos critérios

Existem 2 principais métodos extraídos da doutrina e jurisprudência do CADE que orientam a dosimetria das multas e a forma pela qual os critérios do art. 45 são analisados.

2.6.2.1. Método do Direito Penal Econômico

O primeiro método enxerga os critérios do art. 45 sob a ótica do direito penal econômico⁷⁵. A principal característica desse método consiste no cálculo da pena por fases, partindo de um mínimo legal para em seguida analisar as agravantes/atenuantes. Além disso, podemos destacar que a interpretação penalista traz consigo a rigidez na interpretação do tipo e a rejeição da aplicação analógica⁷⁶.

No âmbito do CADE, essa perspectiva se revela principalmente nos julgados que calcularam a multa por fases⁷⁷ (pena base seguida de aumento progressivo por agravante). Ademais, esse mesmo método já foi utilizado pelo TRF1 de modo inverso, reduzindo-se proporcionalmente a multa aplicada⁷⁸ para cada agravante descontada.

2.6.2.2. Método Autônomo do Direito Concorrencial

⁷³ A análise das discussões do Projeto de Lei revela que as legislações antitruste norte-americana, europeia e japonesa serviram de inspiração para o sistema brasileiro.

⁷⁴ Substitutivo apresentado na época pelos Deputados Fábio Feldmann (Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias) e José Carlos Aleluia (Comissão de Economia, Indústria e Comércio). A análise do parecer feito pelo então relator Fábio Feldmann revela que as modificações do substitutivo (que resultaram na redação final do art. 27) foram frutos de estudos sobre a legislação estrangeira, além de opiniões de advogados e economistas. Entre os juristas, destaca-se o nome de José Inácio Franceschini, Tércio Sampaio Ferraz Jr. e Ada Pellegrini Grinover. O único critério cuja justificativa específica foi rastreada é a reincidência, cuja origem é a emenda de Plenário proposta pelo então Deputado Vital do Rego. O motivo para inclusão desse critério foi a existência de previsão idêntica em outras disposições penais [cf. Diário do Congresso Nacional (Seção I), 13 de Maio de 1993, p. 9633].

⁷⁵ As raízes dessa perspectiva estão centradas nas teorizações do jurista José Inácio Franceschini, que defende uma hermenêutica penalista das normas concorrenciais punitivas.

⁷⁶ “Cumprido, portanto, na exegese dos dispositivos legais antitruste, examiná-los sob o prisma da hermenêutica das normas penais, caracterizada pela rigidez de interpretação do tipo e pela inadmissibilidade da aplicação analógica, sem que tal implique em interpretações canhestras e literais (...)”. (A lei antitruste brasileira e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE: alguns aspectos. Cit, p. 328).

⁷⁷ Cf. CADE. Voto do Conselheiro Relator Luís Fernando Rigato. PA 53500.003888-2001 (Cartel da TV por Assinatura). Proferido em 24/08/2005, fls. 48-50; Voto do Conselheiro Relator Carlos Emmanuel J. Ragazzo. PA 08012.004702/2004-77 (Cartel dos Peróxidos). Proferido em 09/05/2012, fls. 175-180; Voto do Conselheiro Relator Luiz Alberto Esteves. PA 08012.004086/2000-21 (Cartel dos Vergalhões de Aço). Proferido em 23/09/2005, fls. 29-31.

⁷⁸ Cf. item 4.2.1.2 do presente trabalho e TRF1. Apelação Cível n.º 2004.34.00.013282-7. Juiz relator convocado Rodrigo Navarro de Oliveira. Quarta Turma Suplementar. Julgado em 18/09/2012.

O método aqui denominado “autônomo” envolve uma interpretação própria do direito concorrencial⁷⁹ para fixação das multas. Busca-se levar em consideração as peculiaridades existentes no nosso diploma e a interpretação do CADE. Isso implica em primeiro lugar em uma interpretação mais flexível (embora mais técnica), tanto da forma como as penas são calculadas como das circunstâncias do art. 45.

Em vez de partir de uma pena base vinculada ao mínimo legal e em seguida analisar as agravantes/atenuantes, a jurisprudência do CADE tem utilizado um método mais sincrético: os critérios são analisados concomitantemente à fixação da pena base⁸⁰.

A interpretação mais flexível dos critérios do art. 45 também se coaduna melhor com a experiência antitruste. O CADE e outros órgãos internacionais têm adotado uma concepção mais abrangente dos critérios para fixação das multas, rejeitando a concepção penalista que tende a fixá-los de forma prévia e taxativa⁸¹ como agravantes ou atenuantes.

Percebe-se que as autoridades antitrustes enxergam uma dupla feição nesses parâmetros, que só através do caso concreto têm sua natureza materializada como agravante

⁷⁹ Em relação à maior tecnicidade do direito concorrencial (como uma vertente do administrativo) para responsabilização das pessoas jurídicas: “*A diferença entre direito penal e direito administrativo, no campo do sancionamento das pessoas jurídicas, é que o último aceita tranquilamente tal situação, já possui técnicas adequadas a esse controle, ao passo que o primeiro possui larga e antiga tradição de repúdio a técnicas de responsabilização de ‘pessoas morais’*” (OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed. rev., atual. e ampl., 2005, p. 142).

⁸⁰ Cf. CADE. Voto do Conselheiro Relator Luiz Carlos Delorme Prado. PA 08012.002127/02-14 (Cartel das Britas). Proferido em 13/07/2005, fl. 28; Voto do Conselheiro Relator Ricardo Machado Ruiz. PA 08012.011027/2006-12 (Cartel de Cargas Aéreas). Proferido em 28/08/2013, fl. 186-188; Voto do Conselheiro Relator Paulo Furquim de Azevedo. PA 08012.000283/2006-66 (Cartel de Extração de Areia). Proferido em 17/12/2008, fl. 42-48; Voto do Conselheiro Relator Alessandro Octaviani Luis. PA 08012.011142.2006-79 (Cartel de Cimento). Proferido em 22/01/2014, fls. 143-150. Voto do Conselheiro Relator Fernando de Magalhães Furlan. PA 08012.00988812003-70 (Cartel dos Gases). Proferido em 01/09/2010, fls. 113-119; Voto do Conselheiro Relator Thompson Andrade. PA 08012.004036.2001-24 (Cartel dos Postos e Sindicato de Lages/SC). Proferido em 23/07/2003, fls. 18-21; Voto do Conselheiro Fernando de Oliveira Marques. PA 08012.003208.1999-85 (Cartel dos Postos e Sindicato de Pernambuco). Proferido em 02/06/2004, fls. 14-15; Voto do Relator Abraham Benzaquen Sicsú. PA 08012.001826.2003-10 (Cartel dos Vigilantes). Proferido em 19/09/2007, fls. 39-40.

⁸¹ Sobre a aplicabilidade da taxatividade do direito penal no direito antitruste: “*a primeira dificuldade para estabelecer fatos penais que cumpram o princípio da taxatividade: o direito concorrencial tem, necessariamente, que se orientar por tipos de caráter normativo muito indeterminado; as noções de ‘abuso de posição dominante’ ou ‘prática concertada que limite a concorrência’ dificilmente ajudariam a fixar tipos penais que respondessem à máxima da ‘lex certa’.* O segundo inconveniente deriva das estritas razões de política criminal. (...) Nestas condições, o recurso ao ‘ius puniendi’ seria despropositado”. (LEON, José Maria Baño. Potestades administrativas Y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia. Madrid, MacGraw-Hill, 1996, p. 06. Apud CAMPILONGO, Celso Fernandes. Processo Administrativo n.º 08000.022579.1997-05).

ou atenuante⁸². Portanto, a riqueza da jurisprudência coloca em xeque a concepção taxativa desse rol⁸³.

Por fim, a principal vantagem de um método próprio para cálculo das multas reside na sua adequação ao escopo específico das leis antitruste⁸⁴, que é ao mesmo tempo compensatório, punitivo e preventivo. Essa é a primeira peculiaridade que pode dificultar a aplicação do método penalista, já que a aplicação de uma pena base prejudica a percepção dos danos causados⁸⁵.

Ademais, a especificidade do art. 45 da lei se revela pela existência de parâmetros que são próprios da lei antitruste, como: (i) a boa-fé⁸⁶ e (ii) o grau de lesão e efeitos negativos causados à economia, à livre concorrência, aos consumidores e às relações de mercado.

2.6.3. A gravidade da infração (art. 45, inc. I)

⁸² Confira-se a perspicaz reflexão de Damien Geradin sobre o sistema europeu (igualmente válida para o art. 45 da lei brasileira): “*It is common that the absence of specific aggravating factors can be considered as mitigating factors and vice versa. (...) Aggravating and mitigating circumstances sometimes appear as ‘different sides of the same coin’*” (GERADIN, Damien. The EU Competition Law Fining System: a reassessment. Cit., p.10).

⁸³ A experiência com a cartilha de orientações da UE (Guidelines) revela a inadequação de um rol taxativo: “*Other aggravating factors not explicitly mentioned in the Guidelines can be found in the Commission’s decisional practice, including a company’s awareness of the unlawfulness of the conduct, the importance of the industry affected, the institutionalized nature of the infringement, or the continuation of the conduct after the Commission opened its investigation.*” (Idem).

⁸⁴ Escopo que, nas palavras de Fábio Medina Osório, resulta em menos garantias que o direito penal por ser mais voltado à tutela do interesse público e geral: “*Se é certo que o Direito Administrativo Sancionador possui garantias mais reduzidas que as do direito penal, em numerosos aspectos e de forma geral, isso se dá, fundamentalmente, porque seus objetivos estão intimamente vinculados à busca de interesses gerais e públicos, e porque suas vertentes são funcionalmente distintas em numerosos domínios, o que impede uma contaminação penalista “inspirada exclusivamente por la obsesión de las garantías individuales (...)”*. (Cit., p. 150).

-Ressalta-se que esse posicionamento é passível de crítica: sob outra perspectiva, a preocupação com as garantias pode ser o principal objetivo do “interesse geral e público”.

-Vale destacar também que o art. 115 da Lei 12.529/2011 não prevê a aplicação subsidiária de normas penais, somente as relativas ao processo civil e administrativo.

⁸⁵ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Cit., p. 232: “*(...) as sanções antitruste diferem das sanções penais. Daí a inadequação de se utilizar no direito concorrencial a metodologia penalista, de partir do mínimo legal e ir fazendo incidir as agravantes, no pressuposto de que o máximo, unicamente, será aplicado perante a verificação de que todas as circunstâncias agravantes estejam presentes. Aplicar o método criminalista significa desconsiderar os danos causados*”.

-No mesmo sentido: “*Vale notar que estes balizamentos distinguem substancialmente as sanções antitruste das sanções penais, por exemplo, voltadas primordialmente para a análise da conduta subjetiva do agente. Entendo inadequada, assim, a metodologia de imposição de multas que parte do mínimo legal e sobre ele vai fazendo incidir as agravantes, pressupondo que o limite máximo somente deve ser aplicado quando presentes todas as circunstâncias hipoteticamente mais graves e que concretamente jamais se verificam. Este método, comum na Justiça Criminal, onde a responsabilidade individual está em questão, tem gerado a consequência da imposição de sanções quase sempre próximas do mínimo legal, em freqüente desatenção ao princípio da individualização da pena. No direito econômico sancionador este método é particularmente inadequado, por não levar em consideração os danos causados (...)*” (Voto do Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior no PA n.º 08000.022579/1997-05)

⁸⁶ A menção a um elemento heterogêneo como a boa-fé (típica do direito civil) é mais um indicativo de que as sanções antitrustes não se confundem com as penais.

Trata-se de critério dotado de forte carga de subjetividade, porque envolve certa discricionariedade do julgador. É elemento usualmente utilizado como agravante, principalmente em casos envolvendo cartéis, por estes serem o ilícito mais grave do sistema antitruste⁸⁷. Por outro lado, se a infração analisada for menos usual e de efeitos negativos controversos, esse critério autoriza a fixação menor da pena⁸⁸. Por fim, destaca-se que esse elemento é relacionado ao tipo da infração. Logo, é importante que ele não seja confundido com o grau de lesão e os efeitos negativos da conduta (incs. V e VI).

2.6.4. A boa-fé do infrator (art. 45, inc. II)

A análise da boa-fé para fins da aplicação de multa provavelmente é a maior peculiaridade da lei brasileira⁸⁹. Esse parâmetro pode gerar perplexidade porque parece inviável cogitar da prática de um ilícito de boa-fé. No entanto, a análise da boa-fé sob a ótica da regra da razão viabiliza sua adoção como atenuante e cria uma abertura para a análise de eventuais eficiências e racionalidades por trás da conduta o agente.

É importante ressaltar que para aplicação desse critério a clássica visão de presunção da boa-fé⁹⁰ deve ser utilizada com ressalva. Isso porque essa ideia leva a uma espécie de meio termo entre a comprovação ou não da boa-fé, indefinição que foge ao escopo da lei. A boa-fé é conceito indeterminado que se dá ou não se dá⁹¹, não admitindo meio termo.

Assim, na hipótese de o conjunto fático-probatório dos autos não permitir uma conclusão sobre a boa-fé, sua simples desconsideração na dosimetria parece mais adequado aos objetivos da lei (ao invés de presumi-la). Caso contrário, mitigar-se-á a efetividade da proteção da concorrência⁹².

⁸⁷ Cf. Votos no PA 08012.001826.2003-10 (Cartel dos Vigilantes); PA 08012.002127.2002-14 (Cartel das Britas); PA 08012.011027.2006-02 (Cartel das Cargas Aéreas); PA 08012.011027.2006-02 (Cartel de Cimento); PA 08012.009888.2003-70 (Cartel dos Gases); PA 08012.004702.2004-77 (Cartel dos Peróxidos); PA 08012.003208.1999-85 (Cartel dos Postos e Sindicato de Pernambuco).

⁸⁸ Cita-se como exemplo o caso do “Cartel dos Tacógrafos”, em que as empresas tiveram penas mais brandas com base na justificativa de que foi a primeira condenação aplicada pelo CADE para condutas daquela natureza. Por esse motivo foi levado em consideração que a empresa condenada agiu sem conhecimento prévio do posicionamento do CADE a respeito do ilícito.

⁸⁹ Não há conhecimento de outros diplomas que se utilizem do mesmo critério.

⁹⁰ Confira-se a assertiva consagrada pelo STJ: “A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa fé se presume; a má-fé se prova.” (REsp 956.943/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 01/12/2014).

⁹¹ Cf. Eros Roberto Grau, que utiliza a boa-fé como exemplo de conceito indeterminado, destacando que “o conceito se dá ou não se dá”. Ou seja, aqui há um juízo de legalidade: ou o agente agiu ou não agiu de boa-fé. (GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 2000, fls. 148-149).

⁹² Em relação à análise desse elemento nos cartéis, o Conselheiro Ricardo Machado chega a declarar que é mais adequado presumir a má-fé: “Ademais, a própria prática de cartel pressupõe inequívoca má-fé (...)” (Voto no PA 08012.011027.2006-02). No mesmo sentido: “Já em princípio, dificilmente seria possível argumentar qualquer tipo de boa-fé do infrator em caso de cartel” (Voto do Relator Furlan no PA 08012.009888.2003-70).

Há autores que afirmam ser a única atenuante no rol do art. 45 e rejeitam sua aplicação como agravante⁹³. Como já consignado acima, esse entendimento não se sustenta diante do duplo viés dos critérios de dosimetria antitruste. Portanto, não há impedimento para que a presença de má-fé seja utilizada para majorar a penalidade: vários julgados do CADE admitem a aplicação dessa baliza como agravante⁹⁴ nos casos de ausência de boa-fé⁹⁵ ou presença de má-fé.

2.6.5. A vantagem auferida ou pretendida pelo infrator (art. 45, inc. III)

Trata-se basicamente da avaliação da perspectiva de lucros extraordinários e duração da infração. Inicialmente, a menção à “*vantagem pretendida pelo infrator*” pode sugerir que o aplicador investigue a subjetividade do infrator. Não é o caso. Esse critério deve ser avaliado objetivamente, com base nas circunstâncias concretas⁹⁶. Ainda, destaca-se que a justificativa para aplicação desse fator está relacionada à própria gravidade da infração (inc. I).

2.6.6. A consumação ou não da infração (art. 45, inc. IV)

Esse critério não enseja maiores discussões, por ser dotado de maior objetividade. A consumação da infração é fator agravante. A não consumação é considerada atenuante.

2.6.7. O grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros (art. 45, inc. V)

Trata-se de baliza problemática, dada a sua generalidade excessiva. Ao falar abstratamente em lesão à livre concorrência e economia nacional, a lei dificulta a identificação de sua incidência no caso concreto. Porém, a jurisprudência revela que o grau de lesão é elevado quando o infrator pratica cartel em produtos essenciais, sem substitutos⁹⁷ ou de grande relevância social (p. ex. commodities). Na análise do grau de lesão à concorrência é usual avaliar se haviam outros concorrentes à altura do infrator. Ademais, a ideia de economia nacional sugere a necessidade de impactos em grande escala, nas três entidades da federação.

⁹³ ANDERS, Eduardo C.; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (coord.). Cit., p. 183: “*Não parece ser a finalidade da lei o reconhecimento simplista da má fé como agravante. Logo, este critério deve ser analisado a posteriori da definição de todos os demais, e, para os casos em que vigore a boa fé do infrator, esta deverá ser critério de diminuição da pena pecuniária imposta (...)*”.

⁹⁴ Cf. PA 08000.022579.1997-05 (Cartel White Martins); PA 08012.002127.2002-14 (Cartel da Britas); PA 08012.011027.2006-02 (Cartel das Carga Aéreas); PA n.º 08012.011142.2006-79 (Cartel do Cimento); PA 08012.009888.2003-70 (Cartel dos Gases); 08012.004702.2004-77 (Cartel dos Peróxidos); PA n.º 08012.004086.2000-21 (Cartel dos Vergalhões de Aço).

⁹⁵ “A consciência do ilícito praticado para obter vantagem indevida descaracterizam a boa-fé dos infratores, o que exige elevação no nível das penas a serem aplicadas” (PA 08012.011142.2006-79, Voto do Rel. Alessandro Octaviani Luis – sem grifos no original).

⁹⁶ O julgador deve apenas mensurar as vantagens auferidas ou provar que o infrator exteriorizou a intenção de obter lucros exorbitantes e praticar o cartel indefinidamente. Neste último caso, acaba-se englobando a análise da própria duração da infração (critério não taxativo).

⁹⁷ Cf. PA 08012.011142.2006-79 (Cartel do Cimento).

Na forma como vem sendo aplicado pelo CADE, esse parâmetro tem se confundido com a gravidade da infração (inc. I)⁹⁸, adotando-se justificativas de aplicação semelhantes.

2.6.8. Os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado (art. 45, inc. VI)

Um contato inicial com esse inciso do art. 45 pode gerar certa perplexidade. Se o art. 37 já contém as condutas que constituem infração econômica, seria difícil cogitar em uma infração que não gerasse efeitos econômicos negativos no mercado (considerando-se a regra da razão), além de ser dispensável (e até desarrazoada) uma análise dessa circunstância de forma binária. Ou seja, mais do que responder sim/não para a existência de impactos negativos no mercado, a jurisprudência do CADE revela que é indispensável a análise específica dos efeitos negativos que se destacaram na conduta (e no mercado). Caso eles não tenham algum grau de especificidade, o julgador deve ser prudente e se abster de agravar a penalidade⁹⁹. Sob essa perspectiva, a aplicação desse critério ganha um viés técnico.

Assim e a título de exemplo, será considerado como agravante do art. 45, inc. VI: (i) criação de fortes barreiras à entrada¹⁰⁰; (ii) redução da competitividade dos produtos brasileiros exportados para o exterior¹⁰¹ (critério vinculado ao da lesão à economia nacional); (iii) diminuição do grau de substituição de um produto ou serviço no mercado¹⁰²; (iv) inexistência de outros concorrentes no mercado¹⁰³.

2.6.9. A situação econômica do infrator (art. 45, inc. VII)

Revela o intuito da Lei em punir de forma mais rigorosa e incisiva as empresas de maior faturamento, grande porte e maior poder de mercado. O poder econômico do infrator deve ser considerado para que as multas sejam fixadas em valores ótimos (que causem desestímulo). Não obstante, não se descarta o uso desse fator também para redução da multa, caso a empresa tenha baixo faturamento, esteja passando por crise financeira ou tenha risco de entrar em falência ou recuperação judicial.

2.6.10. A reincidência (art. 45, inc. VIII)

Também não enseja maior verticalização. Caso o agente tenha sido condenado anteriormente pelo CADE pelas infrações do art. 37 e tenha sido esgotada a instância

⁹⁸ Cf. sucinta fundamentação do Conselheiro Fernando de Oliveira Marques para aplicação do inc. V como agravante no PA 08012.003208.1999-85: “o grau de lesão foi elevado, valendo destacar mais uma vez a gravidade da infração”.

⁹⁹ “As representadas (...) podem produzir efeitos negativos no mercado, mas dados específicos não foram produzidos, razão do porque em não majorar a pena imposta na forma do inciso VI.” (Voto do Relator Luiz Alberto Esteves no PA 08012.004086.2000-21).

¹⁰⁰ Cf. PA 08000.022579.1997-05.

¹⁰¹ Cf. PA 08012.011027.2006-02

¹⁰² Cf. PA 53500.003888-2001.

¹⁰³ Cf. PA nº 08012.004702.2004-77.

administrativa, essa agravante incide. Logicamente, é inviável que a não reincidência seja aplicada como atenuante¹⁰⁴.

2.6.11. Critérios não taxativos – criação jurisprudencial do CADE

As decisões do CADE têm considerado critérios não previstos na lei para aumentar e diminuir a pena aplicada. De forma sumária, adiante são elencados alguns parâmetros casuísticos e o respectivo caso onde foram aplicados: **1. Conjuntura econômica do país e 1ª condenação da Lei 8.884/94** (Cartel dos Aços Planos - PA 08000.0153371997-48 – Voto Rel. Ruy Santacruz)¹⁰⁵; **2. Empresa líder**¹⁰⁶ (Cartel dos Genéricos – PA 08012.009088.1999-48 – Voto Vista Luis Fernando Rigato; Cartel dos Vigilantes – 08012.001826.2003-10 – Voto do Rel. Abraham Benzaquen Sicsú; Cartel da Britas – PA 08012.002127.2002-14 – Voto do Rel. Luiz Carlos Delorme); **3. Duração da Infração**¹⁰⁷ (Cartel dos Postos e Sindicato de Lages/SC – PA 08012.004036.2001-24 - Voto Rel. Thompson Andrade).

3. REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE – PECULIARIDADES

O tema da revisão judicial dos atos administrativos é exaustivamente discutido pelos mais diversos campos do direito, e o embate em torno dos limites e contornos, bem como da sua validade e legitimidade é de longa data. Toda essa controvérsia gira em torno de dois comandos (ou princípios) constitucionais estruturantes do nosso sistema: separação dos poderes (art. 2º da CF/88) e inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inc. XXXV da CF88).

A restrição do controle judicial tem fundamento nos comandos constitucionais elencados acima, e consiste na vedação genérica da mera substituição do juízo valorativo reservado ao administrador pela cognição do juiz, especialmente nas aplicações de penalidades administrativas (raciocínio aplicável às condenações de cartéis).

Para o escopo desse trabalho, em vez de uma análise exaustiva sobre as diversas posições doutrinárias desenvolvidas sobre o tema, será suficiente pressupor que a controvérsia

¹⁰⁴ Seria incentivo à prática da primeira infração, além de constituir contraditória indicação pela lei de que a reincidência é a regra.

¹⁰⁵ Nesse caso avaliou-se que a prática da conduta em período econômico brasileiro de adaptação da transição do controle governamental de preços para a livre concorrência seria motivo de aplicação mínima da multa. Ademais, o fato de ter sido a primeira condenação sob a Lei 8.884 foi motivo de abrandamento.

¹⁰⁶ Uma ou mais empresas serem líderes ou terem participação mais ativa na conduta ilícita é fato que já foi considerado para majoração da pena, com base no princípio da individualização e interpretação sistemática do art. 35-B, §1º da Lei 8.884, que vedava a celebração de acordo de leniência com o líder da infração.

¹⁰⁷ Apesar de esse elemento não estar tipificado na lei brasileira, está presente no Regulamento da Comissão Europeia (Guidelines) e vem sendo considerado pelos Conselheiros do CADE. A aplicação de pena diferenciada para uma infração que tenha durado 1 ano em face de outra que tenha durado 10 anos tem o objetivo de assegurar a proporcionalidade e isonomia do sistema, além de garantir a reparação dos danos.

se concentra em 2 questões centrais: (i) limites e contornos da discricionariedade¹⁰⁸ do administrador diante da legislação que embasa o ato (Lei 12.529/2011); (ii) abrangência do controle pelo Judiciário desse liame entre o mérito do ato administrativo e a legalidade em sentido amplo¹⁰⁹.

O CADE consiste em autarquia especial com função judicante (art. 4º da Lei 12.529/2011) e pode ser enquadrado na categoria das agências reguladoras independentes¹¹⁰, apesar de possuir características regulatórias distintas das relativas às outras agências¹¹¹.

O controle judicial de suas decisões possui traços característicos, que estão ligados a sua própria natureza de autarquia especial. Mas além da autonomia em face da Administração direta e regime jurídico próprio, sua maior peculiaridade consiste na função de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Esse escopo orienta toda a atuação do CADE, que possui Tribunal Administrativo composto por Conselheiros com conhecimentos econômicos e jurídicos especializados para intervir e julgar as infrações concorrenciais praticadas pelos agentes econômicos. Ademais, o CADE possui a Superintendência-Geral como órgão de instrução e investigação, além de Procuradoria Federal Especializada e Departamento de Estudos Econômicos.

¹⁰⁸ Não será aprofundada a distinção entre o conceito tradicional de discricionariedade como juízo de oportunidade e conveniência e a chamada “discricionariedade técnica” (cujo próprio conceito é colocado em xeque, pois se uma decisão é orientada pela técnica, não haveria liberdade para escolha). Independentemente do conceito que se adote, permanece o problema de saber o limite do controle judicial, que só se esclarecerá através da especificação do escopo de atuação do administrador e a análise da jurisprudência daquele locus precisamente delimitado. Assim, afasta-se dessa discussão infundável, que por vezes acaba desaguando no problema da diferença interpretativa do juiz e do administrador. Cf. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, fevereiro/março/abril, 2007.

¹⁰⁹ Englobando não só lei em sentido formal, mas também os princípios com toda sua carga axiológica. A atual concepção de Administração não daria margem para interpretação mais restrita. Com base nas lições de Vasco Pereira da Silva, pressupõe-se que a ideia de “administrado súdito” própria do Estado Liberal e de Polícia foi substituída pelas concepções do Estado Social e Prospectivo, que expandem o leque de garantias e direitos do administrado, além de convidá-lo a atuar de forma conjunta com o administrador (i.e., cooperativamente). Cf. PEREIRA DA SILVA, Vasco M. P. D. Em busca do acto administrativo perdido. Coimbra: Almedina, 1998, fls. 8-145.

¹¹⁰ “Agência reguladora independente é uma autarquia especial, sujeita a regime jurídico que assegura a autonomia em face da Administração direta e que é investida de competência para a regulação setorial. (...) A categoria é integrada por entidades dotadas de características não uniformes, variáveis dentro de determinados limites. Sob esse ângulo, figuras novas e antigas podem ser enquadradas nessa categoria. (...) seria possível fazer referência a autarquias criadas há muito tempo, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).” JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 11ª ed., 2015, p. 694-695.

¹¹¹ Ainda que se entenda que o CADE não se confunde com as outras agências reguladoras, é pacífico que para fins de controle judicial ele deve ser equiparado a elas. Nesse sentido: “Para fins de controle judicial, deve ser equiparado o CADE às agências reguladoras. A independência regulatória conferida ao órgão e o grau de intervenção que poderá exercer sobre o respectivo setor recomendam que a tutela judicial seja eficazmente assegurada para preservação dos direitos fundamentais.” (TRF4, AC 5006908-93.2011.404.7100, Rel. FERNANDO QUADROS DA SILVA, j. 21/05/2014).

Essa configuração institucional própria revela que o CADE possui corpo técnico especializado e que as suas decisões têm fundamentos econômicos e jurídicos complexos, que se misturam com sua esfera de discricionariedade e resultam em decisões condenatórias baseadas em (i) técnicas econômicas¹¹², (ii) análise e qualificação jurídica de condutas e fatos econômicos.

Tal síntese entre competência discricionária, técnica econômica e conhecimento jurídico para prevenção e repressão das infrações revela o principal desafio do Judiciário: saber qual o núcleo de mérito do CADE e qual o limite de sua atuação na revisão dessa competência específica.

3.1. AMPLITUDE DA REVISÃO JUDICIAL

Inicialmente, poderíamos afirmar que a simples existência de um núcleo de mérito reservado ao CADE não seria suficiente para afastar a revisão judicial¹¹³.

¹¹² “O fato de as decisões do CADE decorrerem do exercício de uma discricionariedade técnica não significa que estejam imunes ao controle judicial, no tocante ao seu mérito. Embora haja quem defenda que nas questões técnicas complexas o Judiciário deve exercer um controle mínimo, no sentido de apenas conferir se a decisão administrativa está devidamente motivada, o certo é que a posição majoritária inclina-se por reconhecer que, da dificuldade para o exercício do controle dessas decisões pelo juiz, não resulta liberdade sem limites”. (TEIXEIRA, José Elaeres M. Controle Judicial das Decisões do CADE. Revista do IBRAC. São Paulo, vol. 12/2005, jan. 2005, p. 173–188).

¹¹³ “o respeito a esse núcleo de mérito não significa sequer impossibilidade de questionamento e exame. O Judiciário pode verificar se a autoridade administrativa adotou todas as providências necessárias ao desempenho satisfatório de uma competência discricionária. É possível invalidar a decisão administrativa quando se evidencie ter sido adotada sem as cautelas necessárias, impostas pelo conhecimento técnico-científico.” (JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002, p. 590). No mesmo sentido: “A possibilidade de revisão judicial de decisões administrativas de Autarquias especiais, caso do CADE, que possuem relativa proximidade com o perfil das agências reguladoras estadunidenses, tem sido defendida de forma plenamente majoritária na doutrina brasileira e, da mesma forma, tem recebido respaldo jurisprudencial.” (LORENCINI, Bruno César. A relação entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o Poder Judiciário. In: PINTO, Felipe C. de Souza.; MENEZES, Daniel Francisco N. (Org.). O CADE e a efetividade de suas decisões. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 173).

A ideia mais recorrente sobre a viabilidade e necessidade da revisão judicial das decisões do CADE é pautada pelo controle da razoabilidade e proporcionalidade das decisões¹¹⁴, além do respeito à ampla defesa e contraditório¹¹⁵ durante o trâmite do processo administrativo. A necessidade do controle judicial nesse aspecto é pacífico, dada sua imposição constitucional.

O problema surge quando a atuação do juiz interfere na própria valoração e análise econômica feita pelos Conselheiros do CADE. É nesse ponto que surgiria o limite à revisão judicial: quando o juiz adentra na análise econômica das condutas e faz digressões sobre aspectos de mercado¹¹⁶. Assim, seria vedado ao juiz extrapolar o limite da análise jurídica,

¹¹⁴ Nesse sentido: “*Os atos e as decisões administrativas devem ao se concretizar demonstrar razoabilidade e proporcionalidade, características essas suscetíveis de revisão pelo Judiciário.*” (OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Cit., p. 300); “*No caso de revisão judicial das decisões do Cade, ao investigar os fatos, no magistrado existe uma tendência velada de se conter no exame da proporcionalidade e razoabilidade da medida ou à ausência do fundamento fático no qual se baseou a decisão.*” PAGOTTO, Leopoldo; ALVES, Kathleen Karen. Aspectos relevantes da revisão judicial da decisão do CADE contra o cartel dos genéricos. Revista do IBRAC, São Paulo, vol. 21/2012, p. 517, jan./jun. 2012.

¹¹⁵ Art. 5º, inc. LV da CF88; art. 69 da Lei 12.529/2011; Lei 9784/99.

¹¹⁶ Para elucidar esse raciocínio, confira-se o seguinte trecho da ementa de acórdão do STJ (rel. Min. Herman Benjamin): “**Em face da constitucionalização do direito administrativo e da evolução do estado de direito, tem-se entendido que o Poder Judiciário pode se imiscuir na análise do mérito do ato administrativo, desde que seja analisado sob o seu aspecto jurídico, e para que sejam observados, além da legalidade em sentido amplo do ato, também os princípios e mandamentos constitucionais. No caso sub judice, constata-se claramente que o magistrado adentrou o mérito do ato administrativo produzido pelo CADE, sem nenhuma justificação de infringência aos ditames da lei ou às normas constitucionais.** A fundamentação produzida na sentença para anular a decisão administrativa foi de que a mera pressão e o lobby exercido perante as autoridades públicas não configuram infração à ordem econômica. **Depreende-se que a análise perpetrada pelo juiz sobre o mérito do ato administrativo não foi jurídica, mas, pelo contrário, casuística, uma verdadeira aventura jurídica, pois não compreendeu os relevantes fatos e provas produzidos pelo CADE, onde ficou evidenciada a formação de Cartel entre as empresas e o cometimento de infração à ordem econômica.**” (AgRg no REsp 1436903/DF, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 04/02/2016 – sem grifos no original). No mesmo sentido, confira-se o entendimento do Min. Mauro Campbell Marques: “**Observo que não se trata, no ponto, de controle de legalidade da decisão do Cade, mas de verdadeira digressão, sobre aspectos de mercado, sobre os quais, salvo melhor juízo, os Conselheiros do Cade estão em posição privilegiada de análise e interpretação em relação aos membros do Poder Judiciário (e, aqui, estou fazendo questão de me incluir). Ressalto que, como fiz antes, é amplamente possível ao Poder Judiciário falar sobre controvérsias legais da decisão do Cade (...). No entanto, soa no mínimo temeroso (para dizer o menos) que, ante o posicionamento de uma autarquia especializada em análise de dominação de mercado – como é o Cade, o qual dispõe, inclusive, de órgão colegiado judicante -, venha o Judiciário asseverar, de forma até um pouco simplória e simplesmente desconsiderando todas as informações técnicas constantes dos presentes autos, que não existe nenhum risco ao mercado brasileiro, sem tecer maiores considerações sobre a controvérsia. Repito: ‘deferência’ não significa insindicabilidade, mas apenas respeito às análises de cunho técnico realizadas por órgãos que tem a função macro de cuidar de certos bens jurídicos que não se compadecem com a lógica ordinária de atuação do Judiciário.**” (Voto-vista no REsp 615.628/DF, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 04/05/2011 – sem grifos no original)

pautada pelo controle da legalidade¹¹⁷, para tecer análises que seriam próprias e privativas dos Conselheiros do CADE.

Essa dificuldade começa a ser enfrentada paulatinamente pelo Judiciário brasileiro, mas a doutrina nacional a respeito desse tema e dos limites à revisão das penalidades pecuniárias (principal instrumento da política antitruste) ainda é muito escassa e incipiente.

Por isso, o aprofundamento desse último aspecto sob a ótica da experiência americana e europeia será imprescindível.

3.2. PRINCIPAIS ASPECTOS DA REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE

Ao analisar a revisão judicial do direito antitruste aplicado pela Comissão Europeia, Damien Geradin e Petit Nicolas (2012) apontam aspectos importantes na atuação do Judiciário: (i) verificação da presença ou ausência de qualidade técnica das decisões; (ii) busca pela garantia dos direitos fundamentais; (iii) atribuição de legitimidade para as decisões da autoridade antitruste; (iv) correção de erros nas tomadas de decisões; (v) viabilização de mais *accountability*; (vi) estabelecer padrões normativos nas decisões¹¹⁸.

Reputa-se que esses aspectos se aplicam perfeitamente para o controle judicial das decisões do CADE, constituindo fatores importantes para legitimar a revisão judicial (seja ampla ou restrita).

3.3. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À AMPLA REVISÃO DAS MULTAS APLICADAS PELO CADE

Os principais argumentos para defesa de uma ampla revisão das multas aplicadas pelo CADE se sustentam principalmente nos seguintes pressupostos: (i) não haveria uma esfera de

¹¹⁷ Constatação idêntica foi obtida em estudo jurisprudencial feito por Bruno César Lorencini: “*Em linhas gerais, (...) nota-se a prevalência do entendimento de que o Judiciário não deve rediscutir o mérito das decisões do CADE, limitando-se a controlar a observância dos ritos procedimentais constitucional e legalmente previstos para qualquer processo judicial ou administrativo*”. (Cit., p. 174). No mesmo sentido: “*a revisão judicial deve ser efetivada mediante o controle de legalidade das decisões administrativas. Assim é que as decisões devem se limitar a verificar a conformidade do processo administrativo aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da legalidade. Deve-se verificar a higidez da decisão administrativa no tocante à sua fundamentação interna, mas sempre respeitando a separação entre o mérito do ato administrativo e a segurança, a correção do procedimento e a legitimação da decisão administrativa.*” (FORTES, Flávia T. A Judicialização da Defesa da Concorrência. Revista do IBRAC. São Paulo, vol. 15/2007, jan. 2007, p. 39 – 61).

¹¹⁸ GERADIN, Damien; PETIT, Nicolas. Judicial Review of Competition Law: a View from the European Union. In: MARTINEZ, Ana Paula (Org.). Temas atuais de Direito da concorrência. São Paulo: Singular, 2012, p. 465-473.

discricionariedade reservada ao CADE, pois todos os seus atos seriam vinculados¹¹⁹; (ii) o Judiciário deve ter a última palavra na aplicação do direito antitruste¹²⁰, para assegurar a efetivação das garantias e afastar lesão a direitos; (iii) O CADE não está em posição privilegiada para análise de temas econômicos complexos (como cálculo e fixação das multas), porque o juiz seria tão capacitado (ou até mais) para aplicação da legislação antitruste, pois pode se valer de peritos para análise de questões técnicas.

Desde já, discorda-se em parte da ideia de vinculação absoluta do ato (mais especificamente da decisão condenatória). Adiante será desenvolvido o entendimento de que a aplicação de multa pelo CADE envolve certa dose de discricionariedade¹²¹, pelo menos em relação à análise dos critérios para fixação das multas, que têm como finalidade o desincentivo do infrator (marca da função preventiva e repressiva) e a fixação de diretrizes de política concorrencial.

Apesar da nossa posição, reconhece-se que o objetivo de assegurar garantias fundamentais, razoabilidade e proporcionalidade em face da discricionariedade é um argumento forte a favor de uma revisão ampla das multas aplicadas, e tem levado alguns autores estrangeiros a defender uma mudança de postura na atuação do Judiciário europeu diante do aumento expressivo das multas aplicadas pela Comissão Europeia.

¹¹⁹ Cf. LORENCINI, Bruno César. Cit., p. 183-185: “*o Tribunal do CADE, na ocasião da dosimetria da sanção, tem ampla abertura interpretativa, ante o leque de alternativas punitivas fornecidas pela lei. Tal abertura não significa, a nosso ver, uma via de discricionariedade do órgão julgador, até porque rejeitamos, desde o início, qualquer natureza discricionária às decisões da autarquia nessa seara. De fato, caberá ao Conselho definir a pena aplicada a partir do contexto fático e dos critérios estabelecidos na lei, sendo possível, por evidente, que o condenado busque a revisão da sanção no sistema judicial.*” Adiante, o autor conclui: “**O que nos parece necessário, neste momento conclusivo, é demarcar nosso entendimento de que nada justifica a construção de qualquer barreira à revisão judicial das decisões do CADE, sendo dever do sistema judicial apreciar e, se necessário, rever as medidas da autarquia que causem, de forma indevida, lesão a direito de empresas ou pessoas físicas.**” Sem grifos no original. No mesmo sentido: “*acredita-se ser o melhor entendimento aquele em que as decisões do CADE seriam atos administrativos vinculados*” [OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Controle Judicial das Decisões do CADE. Dissertação de Mestrado (Orientador Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca). Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2000, p. 74]. Sem grifos no original.

¹²⁰ “*A última palavra em questões concorrenciais será, então, prolatada na órbita jurisdicional. (...) Conclui-se, dessa forma, que as decisões do CADE, (...) devem sujeitar-se ao controle judicial pleno que encontraria sua limitação somente naqueles aspectos da decisão que não interessassem ao Direito, os chamados ‘indiferentes jurídicos’.*” (OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Cit, p. 79). Adiante a autora ressalva que mesmo sendo pleno, esse controle também deve ser adequado. Adequada seria a decisão atenta a suas consequências econômicas. Vale destacar o que a autora entende por controle inadequado: “*Controle inadequado e, portanto, inconcebível, seria aquele em que o magistrado substituísse os diversos estudos, pareceres, dados econômicos constantes da decisão administrativa por uma decisão judicial sem uma fundamentação consistente, sem um exame minucioso das circunstâncias econômicas envolvidas ou presa a argumentos formais.*” (Cit, p. 107).

¹²¹ Nesse sentido: “*As multas aplicadas pelo CADE também não decorrem de atividade administrativa plenamente vinculada, sendo, ao contrário, pelo menos em parte, resultantes de atividade discricionária. (...) Ora, pode o CADE aplicar multas ou não, podendo limitar-se á expedição de uma ordem de cessação, ou, se entender de impô-la, goza o órgão de enorme flexibilidade em sua dosimetria*” (FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Roteiro do processo penal-econômico na legislação de concorrência. Revista do IBRAC. São Paulo, vol. 5/1998, jan. 1998, p. 46).

Adam Doniec e Mariusz Baran (2010, p. 237) destacam que, desde a adoção das *Guidelines* em 2006 (Cartilha de orientação para fixação das multas), as Cortes Europeias têm restringido a revisão das multas fixadas em ilícitos anticoncorrenciais¹²². Se antes analisavam as multas de forma abrangente (através de juízos de proporcionalidade e adequação), nos últimos anos essa posição se alterou, e a revisão judicial se tornou limitada à constatação de erros manifestos na avaliação dos fatos pela Comissão Europeia, cuja discricionariedade tem aumentado paulatinamente. Por fim, os autores também pontuam o fato de que a atuação judicial tem sido bem menos intensa quando o caso envolve avaliações econômicas complexas.

Ainda, esses juristas criticam essa revisão restrita e defendem que uma revisão ampla seria fundamental para efetivação dos direitos fundamentais e a personalização adequada das penalidades nos casos em que várias empresas são sancionadas ao mesmo tempo¹²³. Nessa perspectiva, a avaliação da proporcionalidade e adequação, bem como a revisão judicial dos mesmos critérios utilizados pela Comissão para fixação das multas seriam medidas essenciais para uma proteção judicial efetiva (principalmente em um contexto de elevação drástica das multas¹²⁴).

Essa experiência é valiosa para análise do contexto brasileiro. Aqui, essas mesmas críticas são plenamente válidas: o nosso art. 45 da Lei 12.529/2011 é bem menos analítico que os critérios esmiuçados nas orientações (*Guidelines*) adotadas pela Comissão Europeia. Diante disso, o controle de proporcionalidade e adequação ganha ainda maior importância em face de uma eventual ampla margem de discricionariedade.

Com base nesse raciocínio, o segundo argumento em prol da revisão judicial ampla está centrado na ideia de que o Judiciário deve ter a última palavra sobre os casos antitruste,

¹²² “Many authors have noted that in recent years the judicial review of the imposition of fines has changed (...). In conducting reviews of fines imposed, the EU courts have become more focused on the competences ascribed to the European Commission (i.e. substantial margin of discretion/unrestricted rights, and absence of manifest/obvious error of assessment) than on review of the proportionality and accuracy of the fines. The former focus can be characterised as a narrow or limited review of imposed fines (granting wider discretion to the European Commission), while the latter would constitute a more comprehensive appellate review.” [DONIEC, Adam; BARAN, Mariusz. EU Courts’ Jurisdiction over and Review of Decisions Imposing Fines in EU Competition Law. Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies. 2010, vol. 3(3), p. 237].

¹²³ “In our opinion there are no satisfactory arguments for imposing limitations on the review of the legality of Commission decisions by EU courts in competition enforcement proceedings, and only the exercise of an unlimited jurisdiction can guarantee the principle of effective judicial protection”. (idem, p. 257)

¹²⁴ Cf. idem, p. 238-256.

sendo fundamental uma revisão judicial rigorosa para o aumento de qualidade na atuação das agências de defesa da concorrência¹²⁵.

Por fim, em prol do argumento pela desnecessidade de deferência às decisões da autoridade antitruste, merecem destaque as conclusões de um estudo empírico elaborado por Joshua D. Wright e Angela M. Diveley (2009) sobre a relação entre os juízes americanos e as decisões da Federal Trade Commission (FTC).¹²⁶ Os autores apontam que apesar de haver evidências de que os juízes não solucionam adequadamente casos econômicos complexos¹²⁷, isso não implicaria automaticamente em preferência por uma solução da questão pelo órgão antitruste. Esses pesquisadores destacam ainda como fatores negativos da agência antitruste americana: (i) a existência de um processo complexo de tomada de decisões; (ii) o fato de possuírem funções que não estão restritas ao julgamento, mas que envolvem também as atividades de instrução e consulta (mesma situação do CADE, que também instrui, julga e orienta os administrados).

A conclusão dos autores é a de que não existem evidências empíricas para sustentar que os órgãos antitrustes seriam preferíveis para o julgamento de questões concorrenciais em relação aos juízes não especializados¹²⁸. Para chegar a essa constatação, os autores analisaram a quantidade de recursos interpostos contra as decisões dos juízes e contra as decisões da FTC

¹²⁵ Analisando o contexto italiano, essa também é a posição de Cristoforo Osti: “*Antitrust enforcement in any given system is only as good as its judicial review. The reason being, quite naturally, that judicial review represents the last and defining act of any antitrust case, no matter how and where initiated and, perhaps less intuitively but no less importantly, that the quality of any agency-driven antitrust enforcement is greatly influenced by the stringency of judicial review: as shown in the European Commission’s recent history, in fact, nothing contributes to raising the quality of an agency’s practice, as a demanding and non-deferential judicial scrutiny*” (p. 115 – sem grifos no original). Para esse autor, o direito antitruste é construído pela jurisprudência: “*If follows that antitrust is, in essence, judge-made law. It consists, in other words, entirely of case-law*” (p. 120). Sobre a necessidade de um controle judicial rigoroso, o italiano arremata: “*a stringent judicial review is essential if we want Agencies to perform well*” (p. 130). (OSTI, Cristoforo. The italian way to antitrust judicial review: a few oddities of the Pfizer case. *Rivista Italiana di Antitrust: short articles*, n. 3, 2014, p. 115-130).

¹²⁶ O contexto desse estudo envolve discussão sobre a necessidade ou não de expansão da atuação da FTC e o aumento na deferência das suas decisões.

¹²⁷ Nesse ponto, destaca-se outro estudo empírico realizado por Joshua D. Wright e Michael R. Baye, indicando que juízes com algum conhecimento econômico não são melhores ao decidir casos antitruste complexos do que os juízes sem nenhum treinamento econômico. Ou seja, o treinamento econômico básico para juízes só contribui significativamente para resolução de casos economicamente fáceis. Para resolução adequada de casos complexos, os juízes precisariam adquirir níveis elevados de conhecimentos econômicos. (WRIGHT, Joshua D.; BAYE, Michael R. Is Antitrust Too Complicated for Generalist Judges? The Impact of Economic Complexity & Judicial Training on Appeals. *Journal of Law and Economics*, Forthcoming: George Mason University Law & Economics Research Paper Series, nº 09-07, jan. 2009).

¹²⁸ “*Many appear to assume that agencies have courts beat on this margin. To our knowledge, while oft-cited as a reason to increase the discretion of agencies and the deference afforded them by reviewing courts, no one has provided empirical support for this claim. We seek to fill that gap, and contrary to the expertise hypothesis, we find the evidence suggests the Commission does not perform as well as generalist judges in its adjudicatory antitrust decision-making role.*” (WRIGHT, Joshua D.; DIVELEY, Angela M. Do expert agencies outperform generalist judges? Some preliminary evidence from the Federal Trade Commission. *Journal of Antitrust Enforcement*, 2012, p. 22 – sem grifos no original).

(e as respectivas taxas de reversão), concluindo que as decisões dos juízes teriam menos inadequações e erros, pois seriam objeto de menos recursos e reversões¹²⁹ (indicando a presença de menos vícios).

Apesar de tratarem do sistema americano (com suas peculiaridades em relação ao brasileiro) e serem passíveis de críticas¹³⁰, essas reflexões ajudam a lançar outra perspectiva sobre o tema, fomentam novos debates e sustentam a posição da revisão judicial ampla.

3.4. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À AMPLA REVISÃO DAS MULTAS APLICADAS PELO CADE (FAVORÁVEIS À REVISÃO RESTRITA)

As razões contrárias a uma revisão ampla das multas aplicadas pelo CADE são novamente extraídas da doutrina estrangeira. Os estudiosos do direito antitruste europeu já sinalizaram os pontos cruciais para criticarmos adequadamente a revisão judicial irrestrita.

Em suma, os argumentos podem ser sintetizados da seguinte forma: (i) há uma esfera de discricionariedade própria do órgão antitruste que deve ser respeitada¹³¹, sob pena de o juiz substituir a autoridade antitruste na formulação de uma política de defesa da concorrência, violando a separação de poderes¹³²; (ii) a autoridade antitruste não seria mais capacitada na fixação das multas somente pela superioridade técnica, mas em razão de uma condição privilegiada para avaliar o efeito desestimulante que as multas devem ter¹³³; (iii) a discussão

¹²⁹ “the Commission, contrary to the expertise hypothesis, has a significantly higher appeal and reversal rate than federal district court judges.” (idem, p. 18)

¹³⁰ O critério utilizado pelos autores é questionável (quantidade de recursos e reversões das decisões). Além disso (e como os próprios autores reconheceram), a existência de questões econômicas complexas em matéria antitruste muitas vezes é por si só suficiente para aumentar a litigiosidade, judicialização e quantidade de recursos.

¹³¹ Na visão da OCDE, essa é a posição do CADE. A entidade ainda destaca o grande o dissenso do judiciário brasileiro sobre os limites da revisão: “A posição do CADE na revisão judicial é que o judiciário dever limitar-se a examinar a adequação legal dos procedimentos do órgão e deveriam considerar qualquer questão antitruste como um problema restrito à discricionariedade do CADE. Embora alguns juízes e tribunais de segunda instância aceitem esta visão, outras analisaram e mudaram as decisões do CADE. É grande a falta de consenso no judiciário sobre como os casos do CADE devem ser revistos. A lei da concorrência é um assunto relativamente novo para o judiciário brasileiro e alguns juízes que concluem que a revisão judicial de questões antitruste é possível, mesmo assim, mantém como foco os pontos relativos a procedimentos, evitando, assim, lidar com tópicos desconhecidos.” [OCDE. BID. Lei e Política de Concorrência no Brasil: Uma revisão pelos pares (tradução não oficial). 2005, p.69].

¹³² “The limits of judicial review do not stem from the fact that the Commission is technically best placed to deal with such issues, but from the principle of separation of powers, which guarantees the administrative body’s ability to act within the territory assigned to it by the Treaty and the legal framework. For this reason, the exercise of administrative discretionary powers can be challenged by the courts only insofar as it is contrary to the legal framework and, in particular, to the general principles of law. **Courts cannot substitute their own discretion for that of the European Commission.**” (PAZ, José Carlos L. de. Understanding the limits of judicial review in European competition law. Journal of Antitrust Enforcement, Vol. 2, No. 1, 2014, p. 210 – sem grifos no original)

¹³³ “In addition, the Commission is also well placed to calculate the deterrent effect of a fine, which explains restrictions in judicial review. The Commission will take into account the need to increase the fine in order to exceed the amount of gains improperly made because of the infringement where it is possible to estimate that amount.” (PAZ, José Carlos L. de. Cit., p. 221 – sem grifos no original)

excessiva e ampla de matérias concorrenciais nas mãos do juiz gera problemas em relação à representatividade, eficiência e até à publicidade, pois o debate sai do lócus da autoridade antitruste (Administração Pública) onde o processo tem uma configuração mais célere e orientada à tutela de direitos difusos e passa para a esfera do processo judicial, que é estruturado para solucionar questões privadas interpartes¹³⁴ e justamente por isso tende a ter maiores restrições de publicidade¹³⁵.

O professor espanhol José Carlos Laguna de Paz (2014, p. 204) desenvolve a ideia de que os Tribunais não podem substituir a discricionariedade atribuída às autoridades antitruste. Para o autor, temos que aceitar que na avaliação e punição das condutas nem sempre haverá uma interpretação certa ou errada, mas sim uma margem de escolha, cuja decisão é de responsabilidade do órgão antitruste¹³⁶.

No mesmo sentido, o professor Gustavo Binenbojm (2009) já se pronunciou:

O Judiciário não pode pretender substituir o Cade na defesa do consumidor. O mérito das questões concorrenciais é completamente do Cade. O Judiciário só deveria atuar para salvar uma empresa que sofreu uma violação grave, e não ser usado como uma espécie de segunda instância para contestar as decisões.
(informação verbal)¹³⁷

É essa decisão (especialmente na fixação das penalidades pecuniárias) que deve ser respeitada pelo Judiciário, porque envolve o traçado e implementação de uma política de

¹³⁴ Nesse sentido, confira-se as reflexões do Conselheiro Fernando Furlan: “os magistrados não têm como foco a análise dos impactos de uma prática sobre um mercado e, normalmente, não possuem os recursos para tal análise. Não é a praxe dos magistrados efetuar ponderações sobre a relação entre os atos realizados pelo autor e os efeitos gerados sobre a concorrência. Uma decisão que versasse sobre tais pontos excederia o espaço de atuação do juiz que, pelo princípio da inércia da jurisdição, não pode se manifestar e decidir a respeito de questões não aduzidas pelas partes. A decisão de mérito do juiz está adstrita à concessão ou não de provimento à pretensão do autor. Essa decisão nada diz a respeito do impacto competitivo da prática e, conseqüentemente, não pode afetar a análise antitruste”. (Voto no PA n.º 08012.004484.2005-51, p. 8 – fl. 3.204 dos autos).

¹³⁵ Usualmente fundamentada na necessidade de proteção de informações comerciais sigilosas. Situação que vem se revelando preocupante no TRF1, onde tramita a maioria das ações anulatórias contra decisões condenatórias do CADE. Nos casos em que a restrição de publicidade dos autos dificulta o acesso às próprias decisões, a transparência tão salutar ao controle democrático é drasticamente prejudicada.

¹³⁶ “However, courts cannot substitute their own discretion for that of the European Commission. (...) Courts’ scrutiny has become more intense over time. **However, we have to accept that in the appraisal of the facts sometimes there is not a right or wrong answer, but a margin of discretion. Thus, when there is a margin for choice, it is for the Commission rather than for the courts to make the decision**”. (PAZ, José Carlos L. de. Cit., p. 204 – sem grifos no original).

¹³⁷ Cf. entrevista concedida pelo jurista à jornalista Laryssa Borges (Site Terra): <https://economia.terra.com.br/cade-tem-82-das-condenacoes-contestadas-na-justica,418717a7adc4b310VgnCLD200000bbccce0aRCRD.html>.

defesa da concorrência¹³⁸, responsabilidade que se situa no âmbito da autoridade antitruste¹³⁹ e é alheia à competência reservada aos Tribunais.

Não se nega a inafastabilidade do controle judicial para proteção de direitos e garantias individuais. Sustenta-se a necessidade um ponto de equilíbrio entre as garantias dos cidadãos e a política de repressão e prevenção dos ilícitos anticoncorrenciais¹⁴⁰. Nesse sentido, o autor espanhol cita o exemplo de que mesmo nas demandas ajuizadas com fundamento em dispositivo da TFEU¹⁴¹ que prevê cognição judicial ilimitada¹⁴², os tribunais europeus têm respeitado a liberdade da Comissão na fixação das multas¹⁴³.

Essa deferência ocorreria porque os tribunais vêm reconhecendo que não podem intervir na aplicação das penalidades, sob pena de se transformarem em agências antitruste¹⁴⁴. Assim, a responsabilidade dos juízes estaria restrita ao controle da legalidade (em sentido amplo).

Essas mesmas considerações podem ser aplicadas para a relação entre o CADE e o Poder Judiciário brasileiro. Assim, questiona-se se o juiz do caso concreto poderia reavaliar os

¹³⁸ Cf. JAEGER, Marc. The Standard of Review in Competition Cases Involving Complex Economic Assessments: Towards the Marginalisation of the Marginal Review? *Journal of European Competition Law & Practice*. Oxford University Press, 2011, Vol. 2, No. 4, p. 313: “Therefore, the move I advocate echoes the call I formulated with regard to the need for clarity in the application of the General Court’s standard of review in assessing fines imposed by the Commission to sanction an infringement in cartel proceedings. **Complexity in economic assessments should relate to the elements in Commission decisions of economic policy for which the judge must avoid substituting his or her own appraisal. For those elements, marginal review should be the correct standard of review (...)**”. Sem grifos no original.

¹³⁹ “Ultimately, the power to impose fines can be regarded as a means conferred on the Commission to carry out a general competition policy”. (PAZ, José Carlos L. de. Cit.).

¹⁴⁰ “In short, judicial review needs to strike the right balance between the conflicting forces of improving courts’ scrutiny as a means to protect the citizens’ rights, on the one hand, and leaving the competition authority the necessary room to shape and implement competition policy, on the other”. (idem).

¹⁴¹ Tratado de Funcionamento da União Europeia. O artigo 1º-1 desse diploma dispõe: “O presente Tratado organiza o funcionamento da União e determina os domínios, a delimitação e as regras de exercício das suas competências.”. (UNIÃO EUROPEIA. Versão consolidada do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Jornal Oficial nº C 326 de 26/10/2012 p. 0001 – 0390).

¹⁴² Art. 261. “No que respeita às sanções neles previstas, os regulamentos adotados em conjunto pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, e pelo Conselho, por força das disposições dos Tratados, podem atribuir plena jurisdição ao Tribunal de Justiça da União Europeia.” (idem).

¹⁴³ “in spite of their unlimited jurisdiction (Article 261 TFEU), in fact courts give a significant leeway to the European Commission in assessing conduct and determining fines. Once more, **this reflects the role of the courts, which is to control the legality and protect the rights at stake, but not to be the preeminent enforcer of competition law.**” (PAZ, José Carlos L. de. Cit., p. 224 – sem grifos no original).

¹⁴⁴ “This being so, **we have to wonder why courts leave considerable latitude to the European Commission in the application of sanctions. The reason is once more that the role of the courts is to control the legality and to protect the rights at stake, not to become competition authorities.**” (PAZ, José Carlos L. de. Cit., p. 222 – sem grifos no original).

critérios utilizados para fixação das multas nas infrações concorrenciais¹⁴⁵. A resposta extraída dos argumentos acima esmiuçados é negativa: a ponderação dos fatores do art. 45 da Lei 12.529/2011 estaria reservada ao CADE¹⁴⁶.

Por fim, outra especificidade que diferencia e distancia a atuação das autoridades antitruste do Judiciário é que se uma infração é punida pelo órgão de proteção da concorrência com multas em determinado patamar durante certo período, isso não impede que a mesma infração seja punida futuramente com multas em valor superior¹⁴⁷. Esse caráter dinâmico está intimamente ligado à função preventiva do antitruste, e difere da lógica judicial porque não há uma estabilização das decisões (e da magnitude das multas). É a marca da política de defesa da concorrência e suas diretrizes.

Essas foram as principais considerações em prol de uma revisão judicial restrita das multas aplicadas pelo CADE.

3.5. LIMITES À REVISÃO JUDICIAL NA APLICAÇÃO DAS MULTAS: GRAU DE DETERRÊNCIA E IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Sintetizando os argumentos dos tópicos anteriores, podemos elencar 2 competências ligadas à fixação de multas nos ilícitos antitruste (em especial nos cartéis) que seriam privativos da autoridade concorrential: (i) a avaliação dos efeitos de desestímulo (deterrença)

¹⁴⁵ Em 1998 (sob a égide da Lei 8.884/94), Franceschini defendia uma revisão ampla, mas descartava a possibilidade de o CADE modificar as decisões impugnadas judicialmente, pois o juiz estaria limitado à anulação ou manutenção: “*poderá o condenado pelo CADE pleitear, sempre, o controle judicial do ato administrativo representado pela decisão final adversa que repute ilegal. Sabe-se ser essa resolução colegiada é um ato administrativo vinculado ou regrado, sujeitando-se, portanto, à revisão. Caberá, então, à Justiça Federal civil (...) reexaminar o pronunciamento quase-jurisdicional impugnado, reapreciando o mérito da causa (thema decidendum) com ampla liberdade (não há confundir esse conceito com o de mérito administrativo ou seja, a oportunidade ou conveniência, da decisão), podendo anular ou confirmar (mas não modificar) o decisório proferido.*”(FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Roteiro do processo penal-econômico na legislação de concorrência. Cit., p. 40-41).

¹⁴⁶ “Thus, it is not for the courts to review of their own motion the weighting of the factors taken into account by the Commission to determine the amount of the fine” (PAZ, José Carlos L. de. Cit., p. 210).

¹⁴⁷ “Accordingly, the fact that the Commission in the past has imposed fines set at a specific level for certain categories of infringements cannot prevent it from setting fines at a higher level, if raising penalties is deemed necessary in order to ensure implementation of competition policy. The Commission may at any time adjust the level of fines, if proper application of the competition rules so requires, since it may then be regarded as justified by the objective of general prevention.” (ibidem, p. 220).

e (ii) a condução de uma política concorrencial¹⁴⁸, mais rígida ou branda conforme o momento conjuntural do país.

O primeiro objetivo está intimamente ligado ao aumento generalizado no valor das multas aplicadas pelos órgãos concorrenciais. A título de exemplo, enquanto nos anos de 2002-2004 o CADE aplicou multas por infrações econômicas (condutas) da ordem de 16,7 milhões de reais¹⁴⁹, o relatório de gestão do exercício de 2015 indicou que as multas por infrações naquele ano alcançaram o valor de R\$ 286,8 milhões¹⁵⁰. Deste total, R\$ 179,7 milhões só em condenações de cartéis. Em suma: no decorrer de 11 anos o valor das multas se tornou aproximadamente 15 vezes maior.

Esse panorama não é exclusividade do CADE. O jurista europeu Damien Geradin (2011) destaca que as multas aplicadas pela Comissão Europeia aumentaram substancialmente durante o transcurso de 20 anos. Enquanto em 1990-1994 as multas aplicadas em cartéis somavam 539 milhões de euros, entre 2005-2009 alcançaram 9.736 milhões (9,73 bilhões) de euros¹⁵¹. O autor entende que esse aumento progressivo das multas é reflexo da busca pelo aumento da deterrência (objetivo perseguido pelas autoridades antitruste europeias).

Portanto, constata-se que a fixação de multas é o principal instrumento do CADE (e outras agências antitruste) no desenvolvimento de uma política concorrencial mais branda (pouca deterrência) ou mais rigorosa (muita deterrência). Tal atribuição adquire nítidos

¹⁴⁸ “É uma questão extremamente delicada reconhecer ao Poder Judiciário, em tema de lei antitruste, a plenitude de jurisdição, pois, antes de sua apreciação, a matéria já terá também sido objeto de ação dos órgãos antitruste tendente a permitir ao Estado a implementação de uma política econômica julgada adequada ao cumprimento, por exemplo, do disposto no art. 3.º, incisos I a IV, da Constituição Federal. Assim sendo, a menos que as políticas públicas portem ofensa aos princípios constitucionais, o caminho mais adequado parece ser circunscrever a ação do Poder Judiciário ao controle de legalidade dos atos das autoridades antitruste”. [VAZ, Isabel. O Poder Judiciário e a aplicação da lei antitruste. Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2001, p. 313. Apud. PEREIRA, Fabio Queiroz. Judicialização das lides concorrenciais no Brasil: limites e possibilidades. Revista do IBRAC. São Paulo, vol. 14/2007, jan. 2007, p. 129–157].

¹⁴⁹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Relatório de gestão do exercício de 2007. Brasília: março de 2008, p. 70.

¹⁵⁰ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Relatório de gestão do exercício de 2015. Brasília: março de 2016, p. 82-83.

¹⁵¹ “The fines imposed by the European Commission (...) have risen significantly over the last 20 years. (...) Even so, the evolution of the general level of fines in the European Union (“EU”) seems to be in great part due to the Commission’s desire to increase deterrence.” (p. 4 – sem grifos no original). “the total amount of fines imposed by the Commission has significantly increased over time. Given that the number of cases in which a company was fined has increased at a much slower pace over the same period of time, the level of fine per case has thus risen considerably over the years” (p. 13 – sem grifos no original). (GERADIN, Damien. The EU Competition Law Fining System: a reassessment. Discussion Paper, Tilburg Law and Economics Center, October 2011, p. 4-13).

contornos regulatórios, cujo delineamento e implementação a lei previu como de responsabilidade do CADE. E é nesse âmbito que a revisão judicial encontra limites.

4. SELEÇÃO DE CASOS DE CARTÉIS CONDENADOS NO ÂMBITO DO CADE E AS PRINCIPAIS DECISÕES DE MÉRITO DO PODER JUDICIÁRIO

Cada análise feita no presente capítulo será dividida em duas partes: inicialmente serão feitas breves descrições dos principais casos de cartéis condenados pelo CADE. Em seguida, serão enumeradas e analisadas todas as ações anulatórias¹⁵² contendo decisões de mérito (sentenças e acórdãos de apelação) que tenham anulado, reformado ou mantido a decisão do CADE que aplicou multas aos infratores no final do processo administrativo. Ressalta-se que a análise das decisões será eminentemente qualitativa, e não quantitativa.

Foram descartados os casos em que as ações ajuizadas ainda não tiveram decisão de mérito ou em que não tenha sido possível obter o inteiro teor dessas decisões em razão da restrição de publicidade atribuída aos processos. Não foram analisadas decisões liminares, em razão de seu caráter provisório e precário em relação ao mérito (art. 807 do CPC/73 e 296 do CPC/15).

4.1. REVISÃO JUDICIAL DAS MAIORES MULTAS APLICADAS PELO CADE EM CARTÉIS

Dentre todos os cartéis condenados pelo CADE, 5 deles se destacam pela sua notoriedade e por terem sido penalizados com as sanções pecuniárias de maior monta desde criação e atividade do órgão (em 1962). Adiante, serão analisados 2 desses 5 casos que já tiveram o mérito apreciado pelo Judiciário¹⁵³.

¹⁵² Tanto as ações ordinárias como os mandados de segurança que pleiteiem anulação.

¹⁵³ Os outros casos são: (i) Processo Administrativo n.º 08012.011142/2006-79 – “Cartel de Cimento”, onde foram aplicadas multas que somam cerca de 3,1 bilhões de reais. Os processos judiciais desse caso ainda aguardam sentença nas principais ações anulatórias; (ii) Processo Administrativo n.º 08012.011027/2006-02 – “Cartel de Cargas Aéreas”, onde foram aplicadas multas no montante de R\$ 192,8 milhões. Não foram localizadas ações anulatórias ajuizadas pelos condenados nesse caso. Houve somente um Mandado de Segurança ajuizado por uma das empresas e 3 pessoas físicas para discutir questão procedimental durante o trâmite do PA. Essa ação não foi bem sucedida. Ademais, várias execuções desse caso já tramitam na Justiça Federal do Distrito Federal; (iii) Processo Administrativo n.º 08012.004702/2004-77 – “Cartel dos Peróxidos”, com aplicação de multas no valor aproximado de 150 milhões de reais. As ações ajuizadas para anulação da condenação ainda aguardam a prolação de sentença.

4.1.1. O cartel dos gases – aprox. R\$ 2,33 bilhões¹⁵⁴ (Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70)

4.1.1.1. Descrição do caso

Trata-se de processo administrativo envolvendo a prática de cartel no mercado de gases industriais e hospitalares pelas empresas White Martins Gases Industriais LTDA.; Air Liquide Brasil Ltda.; Air Products Brasil Ltda.; AGA S/A (sucédida pela Linde Gases) e Indústria Brasileira de Gases. Os representantes dessas empresas também foram investigados.

O Processo foi instaurado com base em denúncia anônima recebida pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) em dezembro de 2003. Narra-se que essa denúncia teria sido bem detalhada, inclusive com descrição do modo de operação do cartel e menção à troca de aparelhos celulares entre os representantes das empresas investigadas.

Em relação às provas, foram realizadas interceptações telefônicas e apreendidos documentos comprovando o conluio. As empresas estipularam regras para (i) dividir clientes; (ii) fixar preços; (iii) solucionar disputas; (iv) participar de licitações; (v) disciplinar a compensação de perdas e ganhos entre elas (através de conta corrente). Ademais, além de restringirem a concorrência entre si, as investigadas se associaram para combater outros agentes com potencial no mercado. Identificou-se que o cartel atuava pelo menos desde 1998. Além de ter sido um cartel *hardcore*, possuía características do tipo de cartel difuso.

O Conselheiro relator Magalhães Furlan identificou os fatores de mercado que favoreceram a formação do cartel: (i) concentração de mercado - as 5 empresas investigadas detinham domínio absoluto sobre o mercado.; (ii) homogeneidade dos produtos; (iii) existência de barreiras à entrada - custos irrecuperáveis e necessidade de grandes investimentos; (iv) transparência nos preços e facilidade na troca de informações.

Ao final, as empresas e as pessoas físicas (com exceção de uma pessoa física, por falta de provas) foram condenadas por infração ao art. 20, inc. I e II da Lei 8.884/94. Além da multa (de 2,33 bilhões de reais para as pessoas jurídicas e 5,4 milhões para as pessoas físicas), houve aplicação do art. 24, inc. IV, alínea b, com recomendação de não concessão de benefícios fiscais para os condenados.

Em relação às diligências complementares, foi determinado o envio da decisão para várias entidades e organizações prejudicadas, como estímulo ao ajuizamento das ações

¹⁵⁴ Cf. Acórdão dos ED no PA 08012.009888/2003-70 (Rel. Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan), p.11 (fl. 7.350 do PA).

indenizatórias privadas. O Conselheiro ainda recomendou ao Judiciário a publicação dos documentos e gravações obtidos durante a instrução penal.

4.1.1.2. Processos Judiciais

Todas as empresas ajuizaram demandas anulatórias na Justiça Federal do Distrito Federal (JFDF)¹⁵⁵. Todos os processos obtiveram sentença de procedência, e em 4 deles a sentença já foi confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1). Somente as ações ajuizadas pela Air Liquide e IBG têm o inteiro teor das sentenças e acórdãos de apelação disponíveis para consulta pública.

Essa circunstância não prejudicará nossa análise, já que os fundamentos adotados nas decisões de todos os processos são semelhantes.

4.1.1.3. A sentença de procedência e acórdão de apelação na Ação Anulatória da Air Liquide – JFDF n.º 0049217-80.2010.4.01.3400

A ação ordinária ajuizada pela Air Liquide pleiteou a anulação do acórdão do CADE, sobre o fundamento de que a decisão do CADE se baseou em provas ilícitas e foi contaminada por vícios insanáveis.

A sentença de procedência reputou indubitável a prática do cartel. Mencionou que as provas e evidências foram volumosas, pródigas, contundentes e evidenciaram a prática do ilícito. No entanto, mesmo reconhecendo o prejuízo bilionário para a economia pública, a sentença concluiu que o processo administrativo do CADE foi maculado por nulidade. Esse juízo se baseou na decisão do STJ no Habeas Corpus n.º 190.334/SP, que reputou ilícita a interceptação telefônica realizada antes da instauração do PA, pois essa medida teria sido adotada com base em denúncia anônima sem nenhum outro ato investigativo ou de prospecção para aferição de sua idoneidade¹⁵⁶.

A sentença reputou que a decisão condenatória proferida pelo CADE foi contaminada pela prova ilícita, pois as conclusões do processo administrativo teriam se baseado principalmente nos documentos do processo criminal maculado. Diante disso, julgou procedente o pedido para anular o PA n.º 08012.009888/2003-70. Ressalta-se que a sentença fez considerações com viés de desabafo: mencionou que a teoria adotada pelo STJ foi

¹⁵⁵ 1. Pela Air Liquide Brasil Ltda.: Ação Ordinária n.º 0049217-80.2010.4.01.3400; 2. Pela Air Products Brasil Ltda.: Ação Ordinária n.º 0049550-32.2010.4.01.3400; 3. Pela Linde Gases Ltda.: Ação Ordinária n.º 49195-22.2010.4.01.3400; 4. Pela White Martins Gases Industriais Ltda.: Ação Ordinária n.º 49160-62.2010.4.01.3400; 5. Pela Indústria Brasileira de Gases Ltda. (IBG) e Newton de Oliveira: Ação Ordinária n.º 0049539-03.2010.4.01.3400.

¹⁵⁶ Na ocasião, o STJ adotou a teoria dos frutos da árvore envenenada para anular todas as provas obtidas no processo criminal que investigava os mesmos fatos. Diante disso, a Ação Criminal foi extinta pela Justiça Federal de São Paulo (JFSP).

aplicada com muito rigor e consignou que, apesar dos danos à economia nacional e proveitos espúrios obtidos, não houve outra opção para o juízo além da anulação.

Contra essa sentença, houve interposição de apelação pelo CADE e pela Air Liquide. A empresa pleiteou majoração de honorários sucumbenciais. O CADE sustentou: (i) existência de elementos probatórios suficientes para a condenação, além dos obtidos com a busca e apreensão criminal; (ii) que a ilicitude da prova estaria restrita à esfera penal; (iii) que a teoria dos frutos da árvore envenenada possuiria limitações.

No TRF1, o Des. Relator Souza Prudente rechaçou o argumento do CADE de que existiriam outras provas independentes das ilícitas. Ademais, consignou que não seria procedente a alegação de mitigação da ilicitude das provas por derivação, pois sem as interceptações telefônicas a prática do cartel não teria sido comprovada.

Por fim, destacou que a decisão prestigia a garantia do devido processo legal (efetivada principalmente através do art. 5º, inc. LVI da CF88). Os outros desembargadores acompanharam o voto e a apelação do CADE foi rejeitada por unanimidade, com confirmação da sentença. A apelação da Air Liquide foi provida para majoração dos honorários. Os embargos de declaração (ED) opostos pelo MPF e CADE contra esse acórdão foram rejeitados.

Portanto, nesse caso a revisão judicial implicou na anulação total da multa aplicada, com fundamento na garantia constitucional do devido processo legal.

4.1.1.4. A sentença de procedência e acórdão de apelação na Ação Anulatória da IBG e Newton de Oliveira – JFDF n.º 0049539-03.2010.4.01.3400

A ação ordinária ajuizada pela IBG e Newton de Oliveira também pleiteou a anulação do acórdão do CADE, sobre o fundamento de que a decisão do CADE se baseou em provas ilícitas e foi contaminada por vícios insanáveis.

Os argumentos utilizados pelos condenados nesse processo são semelhantes aos do caso da Air Liquide¹⁵⁷. Concluiu-se que a prática do ilícito foi devidamente comprovada, mas o processo administrativo foi anulado pelos mesmos fundamentos adotados na sentença da ação da Air Liquide (ilicitude das provas utilizadas).

¹⁵⁷ A sentença reputou improcedente a maioria deles, com destaque para rejeição da alegação de que a base de cálculo da multa foi inadequada. Consignou ainda que a aplicação de multa sobre o faturamento foi plenamente justificável, pois a empresa auferiu lucros altos com o cartel e a base de cálculo abrange só um ano do faturamento, enquanto a infração pode se estender (e se estendeu) por mais tempo. (cf. sentença na Ordinária n.º 0049539-03.2010.4.01.3400, p. 12-13).

Também houve interposição de apelação pelo CADE e pelos autores (os últimos para majoração de honorários). O acórdão proferido pelo TRF1, de relatoria do Des. Souza Prudente, adotou os mesmos fundamentos do caso da Air Liquide para manter a sentença de procedência. Uma das peculiaridades desse acórdão foi a decretação de quebra do sigredo de justiça: o relator reputou que o sigilo não seria necessário, pois as questões tratadas foram essencialmente de direito. Os ED opostos pelo CADE contra esse acórdão foram rejeitados.

4.1.2. O cartel dos vergalhões de aço – aprox. R\$ 345 milhões (Processo Administrativo n.º 08012.004086/2000-21)

4.1.2.1. Descrição do caso

Trata-se de processo administrativo oriundo de uma representação e instaurado para apurar a existência de cartel de fixação de preços e divisão de mercados (cartel *hardcore*) no fornecimento de vergalhões de aço utilizados na construção civil. Foram investigadas as empresas Gerdau S/A, Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira e Siderúrgica Barra Mansa S/A.

Em relação às provas, tudo se iniciou com uma denúncia feita pelas construtoras e distribuidoras de vergalhões de aço (compradoras), que acusaram as investigadas de dividir o mercado paulistano. Foram analisadas pesquisas estatísticas, notas fiscais e tabelas com cotações de preços. Constatou-se a existência de tabelas de preços e reuniões para divisão de clientes. Concluiu-se então que os consumidores ficaram aprisionados em razão da discriminação de preços (cotações elevadas com objetivo de inviabilizar a mudança de siderúrgica), ocorrendo uma espécie de fidelização forçada. Além disso, as distribuidoras independentes de vergalhões (na condição de concorrentes) foram prejudicadas pela fixação de preços de revenda.

O Relator Conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe identificou que o mercado analisado: (i) era amplamente oligopolizado e bastante concentrado horizontalmente¹⁵⁸; (ii) possuía barreiras à entrada, em razão dos altos investimentos necessários (em valores milionários) para se montar uma nova planta de aços longos; (iii) era de produto homogêneo: vergalhões de aço.

Ao final, as empresas foram condenadas pelas condutas previstas nos arts. 20 (incs. I, II e IV) e 21 (incs. I, III e XII) da Lei 8.884/94. Houve aplicação de multa no valor de 7% do

¹⁵⁸ Em 1999, apurou-se que as empresas Gerdau e Belgo-Mineira possuíam uma participação de aproximadamente 80% na oferta nacional de vergalhões.

faturamento bruto de cada empresa (245 milhões de reais para Gerdau¹⁵⁹; 76 milhões para Belgo-Mineira¹⁶⁰ e 24 milhões para Barra Mansa¹⁶¹), apurado no exercício de 1999. Dentre as penalidades alternativas, aplicou-se a condenação à obrigação de publicarem extrato da decisão em jornal de grande circulação.

4.1.2.2. *Processos judiciais*

Todas as empresas ajuizaram ações perante a JFDF¹⁶² para anulação do processo administrativo. Nenhuma delas obteve sentença de procedência.

A ação anulatória de n.º 2003.34.00.019038-3¹⁶³ é a única que possui sentença e acórdão de apelação disponíveis para consulta pública. São essas duas decisões que serão analisadas adiante.

4.1.2.3. *A sentença de improcedência e acórdão de apelação na ação anulatória da Gerdau S/A – JFDF n.º 2003.34.00.019038-3 (pedido de nulidade do processo administrativo pela atuação da SDE)*

A ação ordinária ajuizada pela Gerdau S/A pleiteou a anulação integral do PA 08012.004086/2000-21 (no âmbito da fase instrutória conduzida pela SDE) ou alternativamente a anulação da prova documental e testemunhal colhida no processo. As alegações da empresa são todas relacionadas a supostos vícios no processo administrativo: cerceamento de defesa, violação aos princípios da razoabilidade, ampla defesa, contraditório, moralidade administrativa, publicidade, legalidade.

A sentença julgou os pedidos improcedentes e rechaçou todos os argumentos da Gerdau, reputando-os meras irregularidades que não seriam aptas a causar nulidade no processo.

Contra essa sentença, a Gerdau S/A interpôs apelação. O acórdão do TRF1 (de relatoria do Des. Souza Prudente) rejeitou o recurso, consignando que a sentença decidiu corretamente, pois a apelante teria suscitado mera ausência de formalidades que não acarretaram prejuízos e que foram rechaçadas anteriormente em decisões anteriores do

¹⁵⁹ Cf. PA 08012.004086/2000-21, fl. 6246. Valores aproximados.

¹⁶⁰ Cf. PA 08012.004086/2000-21, fl. 5928 e 6248. Valores aproximados.

¹⁶¹ Cf. PA 08012.004086/2000-21, fl. 6152 e 6244. Valores aproximados.

¹⁶² 1. Pela Siderúrgica Belgo-Mineira (atual Arcelormittal Brasil S/A): Ordinária n.º 2006.34.00.021315-5; pela Gerdau S/A: Ordinária n.º 2003.34.00.019038-3 (anulação do PA pela atuação da SDE) e Ordinária n.º 2006.34.00.023178-0 (anulação do PA pela atuação e julgamento pelo CADE); pela Siderúrgica Barra Mansa: Ordinária n.º 2006.34.00.020329-1.

¹⁶³ Trata-se da ação ordinária ajuizada pela Gerdau para anulação do PA, em razão de supostos vícios decorrentes da atuação da SDE na instrução do processo.

Tribunal. Portanto, o TRF1 descartou a ocorrência de nulidade e confirmou a sentença por unanimidade.

Nesse caso, a revisão judicial rejeitou a alegação de nulidade do processo administrativo por violação de garantias e manteve íntegras as multas aplicadas.

4.2. OUTROS CARTÉIS RELEVANTES E DE CARÁTER EMBLEMÁTICO

4.2.1. O cartel da White Martins – R\$ 24 milhões (Processo Administrativo nº 08000.022579/1997-05)

4.2.1.1. Descrição do caso

Trata-se de processo administrativo oriundo de representação, direcionada à SDE e formulada pela empresa Messer Griesshem do Brasil Ltda. em face da empresa S.A White Martins. O processo foi instaurado para apuração de suposta infração que consistiria na celebração de contrato de exclusividade entre a White Martins e a empresa Ultrafértil S.A., para aquisição de excedente de subproduto (matéria-prima) para produção de CO₂ (gás carbônico). O ilícito estaria em suposta tentativa de impedir o acesso da potencial concorrente Messer (Representante) às fontes de insumo através do açambarcamento¹⁶⁴ da matéria-prima¹⁶⁵.

O relator Conselheiro Celso Fernandes Campilongo destacou em seu voto que o mercado analisado (de CO₂) era concentrado e propício a posições abusivas. Concluiu pela ocorrência da infração, pois teria sido comprovado que a contratação (e posterior desperdício) do excedente de matéria-prima pela White Martins teve como único objetivo prejudicar o ingresso de novos concorrentes no mercado.

Em relação à dosimetria da multa (art. 27 da Lei 8.884), o relator identificou 7 agravantes: (i) gravidade da infração; (ii) ausência de boa-fé; (iii) houve vantagem para o infrator; (iv) houve consumação da infração; (v) o grau de lesão ao mercado, à concorrência e aos consumidores foi elevado; (vi) houve efeitos negativos no mercado e (vii) o infrator tinha elevado poder de mercado (situação econômica privilegiada).

Com base nesses fatores, condenou a White Martins ao pagamento de multa de 5% sobre o faturamento bruto. A decisão ainda fez menção à necessidade de imprimir efeito

¹⁶⁴ “Açambarcamento é apenas uma prática de retenção de matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, cujo um dos resultados pode ser o de elevar preços (...) mas também o de dominar mercados ou eliminar a concorrência” (Voto do Relator Celso Fernandes Campilongo no PA 08000.022579/1997-05 – fl. 22)

¹⁶⁵ Embora a conduta esteja mais relacionada ao abuso de posição dominante, pode ser perfeitamente enquadrada no conceito de cartel difuso, que visa prejudicar os concorrentes.

dissuasório à multa e atentar para o parâmetro mínimo da vantagem auferida (art. 23, I, parte final da Lei 8.884/94).

Dos demais conselheiros que compuseram o quórum, dois proferiram votos-vista com considerações sobre a multa. O Conselheiro Thompson Andrade apresentou voto-vista com a preocupação específica de saber se o percentual fixado pelo relator para a multa superaria efetivamente a vantagem obtida. Chegou à conclusão de que o lucro da empresa infratora estaria situado na faixa entre R\$ 17,9 milhões e R\$ 44,3 milhões (cálculo conservador). Para que a multa não fosse inferior ao benefício, consignou que deveria ser fixada em R\$ 28,5 milhões (levando em consideração a elasticidade da demanda).

O Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior apresentou voto-vista analisando exaustivamente cada uma das preliminares e alegações de mérito levantadas pela White Martins. Em relação à dosimetria, adotou os cálculos feitos pelo Conselheiro Thompson e consignou que “*A análise mais conservadora, quanto aos valores, é aquela que fixa o quantum da vantagem auferida em R\$ 17,9 milhões de reais*”¹⁶⁶.

Ao final, sugeriu que multa fosse fixada no valor de R\$ 24 milhões, que seria *equivalente* à vantagem auferida e estaria dentro da margem de lucro calculada pelo Conselheiro Thompson e do percentual de 5% do relator Campilongo. Ressalvou também que: (i) a divergência nos votos dos Conselheiros ocorreu somente em razão da adoção de metodologias diversas; (ii) a ausência de boa-fé não seria agravante; (iii) o valor só não foi duplicado em razão da limitação legal de 30% sobre o faturamento no mercado relevante (art. 23, inc. I da Lei 8.884/94).

Por fim, o acórdão condenou por unanimidade a empresa pela infração ao art. 20, incs. I, II e IV e art. 21, incs. V, VI e XV da Lei 8.884/94, com aplicação da multa de R\$ 24 milhões (com correção monetária dos valores até a data do recolhimento).

4.2.1.2. O acórdão de apelação da ação anulatória da S.A White Martins – JFDF n.º 2004.34.00.013282-7 (anulação ou revisão da multa aplicada)

A empresa S.A White Martins ajuizou a ação de n.º 2004.34.00.013282-7 perante a JFDF para anulação da multa. Houve sentença de improcedência, cujo inteiro teor não está disponível no site do TRF1 ou no Diário de Justiça Eletrônico.

Não obstante, temos acesso à íntegra do acórdão da apelação interposta pela White Martins. Participaram do julgamento desse recurso (que ocorreu em setembro de 2012): (i) o

¹⁶⁶ Voto-vista do Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior no PA 08000.022579/1997-05, p. 88.

Presidente da Sessão, Des. Jirair Aram Meguerian; (ii) o relator Juiz Convocado Rodrigo Navarro de Oliveira e (iii) o Juiz Federal Márcio Barbosa Maia.

Pela leitura do relatório, percebe-se que a empresa condenada alegou cerceamento de defesa pela negativa de produção de prova pericial em 1º grau. O Des. Jirair Meguerian proferiu voto vencido, acolhendo essa preliminar e determinando a anulação da sentença para realização da prova. Com entendimento diverso, o relator e o Juiz Márcio Barbosa rejeitaram a preliminar.

Na sequência, o relator proferiu voto pelo parcial provimento da apelação, sendo acompanhado pelo juiz Márcio Barbosa. A fundamentação adotada nessa decisão é impactante, principalmente em relação à análise dos critérios para dosimetria da multa. Na primeira parte da decisão, o relator entende que foi comprovada a ocorrência de infração à ordem econômica pela conduta da White Martins. Na segunda parte, analisa o valor da multa aplicada. Neste momento, o relator reputou que caberia ao Judiciário analisar a fundamentação adotada pelo CADE na dosimetria da multa.

Em relação à margem de discricionariedade do CADE para fixação da multa com base no art. 27 da Lei 8.8884, consignou que: “(...) *pode usar de discricionariedade na fixação da multa, não sendo necessária justificativa para impor o limite mínimo previsto na legislação. Contudo, se a pena for estabelecida em patamar superior ao mínimo, deve ser motivada (...)*”.

Adiante, o relator reputa não ter havido configuração das seguintes agravantes: (i) má-fé do infrator (art. 27, inc. II), pois não teria sido comprovada e a prática da infração por si só não seria suficiente para afastar a boa-fé; (ii) vantagem auferida ou pretendida pelo infrator (art. 27, inc. III); (iii) efeitos econômicos negativos produzidos no mercado (art. 27, inc. VI), pois não teriam sido demonstrados nos autos. Vale destacar que não houve análise ou justificativa no voto do relator para afastamento do art. 27, inc. III. Por fim, declarou:

Assim concludo que foram equivocadamente consideradas, na dosimetria da pena, as agravantes previstas nos incisos II, III e VI do artigo 27 da Lei 8.884/94. As demais causas de agravamento da pena estão demonstradas, de modo que considero que [sic] razoável e proporcional ao ato de violação da concorrência a fixação da pena de multa no percentual correspondente a 2,85% do faturamento bruto anual da empresa, a partir da exclusão de três das sete agravantes consideradas pelo CADE para fixação do valor da pena. Desse modo, a multa arbitrada em valor originário de R\$ 24.000.000,00 (vinte e quatro milhões de reais) deve ser reduzida para o montante de R\$ 13.680.000,00 (treze milhões seiscentos e oitenta mil), em valores de 26.06.2002.¹⁶⁷

A multa foi reduzida proporcionalmente de 5% para 2,85% (3/7) do faturamento, tendo o valor alterado de R\$ 24 milhões para R\$13,68 milhões (uma redução de 43%). Como

¹⁶⁷ Cf. relatório e voto do Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira na Apelação n.º 2004.34.00.013282-7 – TRF1 (fl. 4/4).

resultado final do julgamento, houve parcial provimento do recurso por maioria, para reformar a multa e reduzi-la ao valor de R\$ 13,68 milhões. Os ED opostos pelo CADE e pela White Martins contra o acórdão de apelação foram rejeitados.

Em razão da grande peculiaridade das consequências práticas da revisão judicial nesse caso, no capítulo 7 do presente trabalho serão feitas algumas considerações e o apontamento de contradições identificadas nos fundamentos dessa decisão (e na ausência deles).

4.2.2. O cartel dos aços planos – aprox. R\$ 58,5 milhões (Processo Administrativo nº 08000.015337/1997-48)

4.2.2.1. Descrição do caso

Trata-se de processo administrativo instaurado de ofício pela SDE para investigação de formação de cartel para fixação de preços de oferta no mercado de aços planos comuns (cartel *hardcore*). As empresas envolvidas foram a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), Companhia Siderúrgica Paulista (COSIPA) e Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais (USIMINAS).

O Relator Conselheiro Ruy Santacruz constatou: (i) que as empresas detinham posição dominante, uma vez que possuíam quase toda a participação do mercado e existiam elevadas barreiras à entrada; (ii) que estavam presentes as condições clássicas para formação do cartel de preços. Ainda, rejeitou a alegação feita pelas empresas investigadas de que teria havido mero paralelismo de conduta¹⁶⁸.

Em relação às provas do ilícito, o relator reputou que o conluio ficou evidente e demonstrado pelo fato de que as empresas teriam entrado em contato para discutir preços depois de terem anunciado o reajuste aos clientes e previamente à solicitação de uma reunião na Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE/MJ) com o objetivo específico de comunicar o reajuste. Essa suposta conversa que teria ocorrido entre o anúncio e a solicitação de reunião teria viabilizado o acordo sobre descontos, parcelamentos e efetiva execução dos preços de reajuste anunciados.

Ao final, as empresas foram condenadas por unanimidade, por violação aos arts. 20, inc. II c/c art. 21, inc. I da Lei 8.884/94. A multa foi fixada em 1% sobre o valor do faturamento bruto, resultando em R\$ 22,18 milhões em desfavor da CSN, R\$ 16,18 milhões

¹⁶⁸ Situação caracterizada pelo aumento de preços efetuado por uma empresa líder, que em seguida é acompanhada de forma “paralela” pelas demais. Nesse caso, a empresa líder serve como uma espécie de termômetro do mercado. Esse tipo de comportamento é usualmente tolerado no direito antitruste, desde que adotado de forma independente.

contra a USIMINAS e R\$ 13,15 milhões em desfavor da COSIPA. Também foram condenadas à obrigação de publicar extrato da decisão condenatória em jornal de grande circulação. Além disso, houve aplicação de multa por enganabilidade (art. 26 da Lei 8.884) à COSIPA (em aprox. R\$ 3,48 milhões) e USIMINAS (em aprox. 3,51 milhões), por terem tentado confundir os conselheiros ao alterar a verdade dos fatos.

4.2.2.2. Processos judiciais

Todas as empresas ajuizaram ações ordinárias na JFDF para anulação do processo administrativo¹⁶⁹. Também foram ajuizadas ações cautelares para: (i) suspender o pagamento da multa de R\$ 13,15 milhões sem prestação de caução (COSIPA)¹⁷⁰; (ii) suspender o pagamento das multas aplicadas por enganabilidade (COSIPA)¹⁷¹ e (iii) suspender a obrigação de publicar extrato da decisão em jornal de grande circulação (USIMINAS)¹⁷².

As ações anulatórias obtiveram sentença de parcial procedência, para anular a multa por enganabilidade e excluir da fundamentação da decisão condenatória do CADE a prática de cartel (prevista no art. 21, inc. I da Lei 8.884). Apesar dessa modificação, a condenação das empresas foi mantida com base no art. 20, inc. I, pois teria ocorrido o suposto ilícito do “paralelismo de condutas”. O inteiro teor das sentenças não foi localizado pela consulta pública.

Adiante serão analisados os fundamentos dos acórdãos de apelação das ações anulatórias e da ação cautelar da COSIPA ajuizada para suspender a exigibilidade da multa principal.

4.2.2.3. O acórdão de apelação na ação anulatória da USIMINAS – JFDF n.º 2000.34.00.000087-1

Em face da sentença de parcial procedência, foram interpostas apelações pela USIMINAS e pelo CADE. A empresa condenada alegou que a sentença deveria ser reformada para que fosse declarada a nulidade da condenação em razão da inocorrência de cartel. O CADE alegou que a fundamentação original da decisão condenatória do PA deveria ser restaurada, junto com a multa por enganabilidade.

A relatora Des. Maria Isabel Gallotti consignou que pela análise dos autos e dos fundamentos adotados na decisão do CADE, estaria sim configurada e comprovada a prática

¹⁶⁹ Pela CSN: Ação Ordinária n.º 2000.34.00.025254-8; pela COSIPA: Ação Ordinária n.º 2000.34.00.000088-4; pela USIMINAS: Ação Ordinária n.º 2000.34.00.000087-1.

¹⁷⁰ Pela COSIPA: Ação Cautelar n.º 2000.34.00.020484-5

¹⁷¹ Pela COSIPA: Ação Cautelar n.º 2002.34.00.003637-2.

¹⁷² Pela USIMINAS: Ação Cautelar n.º 1999.34.00.037585-0.

de cartel (e não o mero paralelismo de condutas). Na fundamentação, a relatora se baseia quase que integralmente nos argumentos desenvolvidos pelo conselheiro Ruy Santacruz na decisão do PA. Em relação à multa pela enganiosidade, a Des. manteve a sentença, pois reputou que a conduta das empresas não se enquadraria na previsão legal do art. 26, e não seria admitida interpretação extensiva para aplicação dessa sanção, que teria escopo punitivo específico.

Enfim, em 14/06/2010 o acórdão (por unanimidade) deu parcial provimento à apelação do CADE e rejeitou a apelação da USIMINAS, restaurando a fundamentação original da decisão condenatória do PA e mantendo a sentença unicamente em relação à multa por enganiosidade (que foi invalidada). Os ED opostos pela USIMINAS contra esse acórdão foram rejeitados.

Destaca-se que nessa decisão houve ampla revisão dos fundamentos adotados pelo CADE, confirmando-os quase que integralmente.

4.2.2.4. A ação anulatória da COSIPA – JFDF n.º 2000.34.00.000088-4

A solução jurídica dada para a apelação da COSIPA nessa ação foi idêntica à veiculada no acórdão da ação anulatória da USIMINAS (n.º 2000.34.00.000087-1, acima).

4.2.2.5. A ação anulatória da CSN – JFDF n.º 2000.34.00.025254-8

A solução jurídica dada para a apelação da CSN nessa ação foi idêntica à veiculada no acórdão da ação anulatória da USIMINAS e COSIPA, com exceção da multa por enganiosidade (que não foi aplicada para a CSN).

4.2.2.6. A ação cautelar da COSIPA – JFDF n.º 2000.34.00.020484-5

Essa ação merece ser analisada em razão de peculiaridades nos votos proferidos em sede de apelação. Trata-se de cautelar incidental ajuizada pela COSIPA para suspender a decisão do CADE na parte em que determinou o pagamento da multa de R\$ 13,15 milhões. O pedido de suspensão foi feito sem a prestação de caução.

Diante da sentença de procedência, o CADE interpôs apelação. Inicialmente o recurso foi distribuído para 7ª Turma da 4ª Seção do TRF1, com a relatoria do Des. Tourinho Neto. O relator proferiu voto chancelando a sentença, sob o único fundamento de que o valor vultoso da multa colocaria em risco as atividades da empresa, e por isso a sanção pecuniária deveria ser suspensa independentemente da prestação de caução (embora prevista no art. 65 da Lei 8.884).

Em seguida, foram proferidos votos-vista pelos Des. Luciano Tolentino Amaral e Des. Antônio Ezequiel. O primeiro deu provimento à apelação para manter a exigibilidade da

multa, sobre o fundamento de que ela seria de pequena monta em termos relativos (1%), alcançando valor elevado somente porque a empresa possuía faturamento muito elevado. O segundo também deu provimento à apelação para revogar a cautelar. Destaca-se trecho do voto do Des. Antônio, consignando que a concessão da liminar foi equivocada:

*Mas estou convencido no momento é de que não deveria ter sido concedida, nem essa liminar sem caução, nem muito menos ser ela mantida na sentença, porque, como diz Sua Excelência, se o valor da multa é alto é porque o faturamento da empresa é de um bilhão e trezentos milhões de reais mensais. Um por cento só corresponde a treze milhões de reais, porque o faturamento é de um bilhão e trezentos milhões de reais. Quem tem um faturamento mensal de um bilhão e trezentos milhões de reais pode pagar os dez mil reais de juros para conseguir a fiança bancária, e, se não o fez, foi porque confiou que obteria a liminar sem caução (...)*¹⁷³.

Essa consideração do Des. Antônio reflete bem a ideia de que a revisão judicial não serviria meramente para tornar ineficaz a aplicação das multas pelo CADE, principalmente quando os infratores possuem elevado faturamento e não há óbices à prestação de caução.

O julgamento dessa apelação ocorreu em 10/02/2004. Posteriormente, o acórdão foi anulado em sede de embargos infringentes, em razão do reconhecimento da competência da 3ª Seção para julgamento da causa. Os autos foram redistribuídos para a Des. Maria Isabel Gallotti e em 14/06/2010 foi proferido novo julgamento, dando provimento por unanimidade à apelação do CADE para julgar improcedente o pedido cautelar. Os fundamentos adotados pela Des. foram semelhantes aos adotados no primeiro julgamento, posteriormente anulado.

4.2.3. O cartel dos genéricos (Processo Administrativo n.º 08012.009088/1999-48)

4.2.3.1. Descrição do caso

Trata-se de processo administrativo oriundo de Representação apresentada à SDE pelo Conselho Regional de Farmácias do Distrito Federal (CRF/DF) contra 20 laboratórios farmacêuticos, em setembro de 1999. As representadas foram acusadas de formar cartel para restringir a atuação de distribuidores de medicamento no Brasil e prejudicar a introdução de medicamentos genéricos no mercado¹⁷⁴.

A denúncia apresentou como prova do conluio uma ata de reunião realizada em julho de 1999 na Fundação Getúlio Vargas (FGV) de SP, onde os gerentes regionais de vendas dos laboratórios teriam se reunido para discutir estratégias: (i) sobre a forma de atuação dos distribuidores de medicamentos (fixação de condições de venda) e (ii) sobre a realização de

¹⁷³ Cf. voto-vista do Des. Antônio Ezequiel na Apelação n.º 2000.34.00.020484-5. Disponível em: <http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=200034000204845&pA=200034000204845&pN=204585820004013400>. Há uma inadequação nesse trecho: o faturamento da empresa era do ano de 1996, e não mensal.

¹⁷⁴ Como o objetivo foi prejudicar potenciais concorrentes, o cartel se enquadra na categoria difuso (tipo II).

campanhas com o objetivo de prejudicar a imagem dos medicamentos genéricos perante os consumidores e dificultar seu ingresso no país. Foi adotada medida preventiva pelo Secretário de Direito Econômico, determinando que as empresas se abstivessem de adotar condutas discriminatórias com objetivos ilícitos (anticoncorrenciais).

No relatório do Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, foi consignado que: (i) o mercado relevante era o de medicamentos em geral, com âmbito geográfico nacional; (ii) a SDE constatou que as representadas detinham poder de mercado para impedir a entrada de concorrentes, pois possuíam conjuntamente 47% do mercado; (iii) a SDE concluiu que a reunião realizada através dos representantes das empresas não seria para mera confraternização dos funcionários (como foi alegado pelas defesas), tendo sido comprovada a finalidade de adotar condutas coordenadas em relação aos genéricos.

Em seu voto, o relator entendeu que: (i) não foi demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta das representadas e o potencial resultado; (ii) a conduta investigada foi atípica; (iii) houve manifesta ausência de provas da ilicitude. Diante disso, votou pelo arquivamento do processo.

Em seguida, houve pedido de vista pelo Conselheiro Luís Fernando Rigato, com realização de diligências complementares para melhor instruir os autos. Através de um estudo econômico mais aprofundado, o Conselheiro concluiu que os laboratórios tinham pleno interesse em prejudicar e retardar o ingresso de genéricos no mercado, pois foi constatado que as vendas das representadas diminuíram significativamente depois do ingresso dos genéricos, em 1999. A atuação proeminente da ABIFARMA¹⁷⁵ na campanha contra os genéricos foi destacada no voto, diante da intensa publicidade negativa feita por essa entidade. Ao final, o conselheiro reputou que foram configuradas as hipóteses do art. 21, incs. I, IV, V e XIII c/c art. 20, incs. I, II e IV da Lei 8.884.

Em relação às penalidades, a não consumação da infração (art. 27, inc. IV) e ausência de efeitos econômicos negativos no mercado (art. 27, inc. VI) foram fatores considerados como atenuantes. A multa foi aplicada no valor de 1% sobre o faturamento bruto para todas as representadas, com exceção da empresa Janssen-Cilag Farmacêutica Ltda., que foi multada em dobro (2%) por ter sido a líder do cartel. Ademais, também houve condenação das representadas à publicação de extrato da decisão no jornal de maior circulação nacional.

O voto do Conselheiro Luís Rigato foi acolhido no acórdão por maioria, com exceção do relator e do Conselheiro Carlos Delorme Prado, que votaram pelo arquivamento do PA.

¹⁷⁵ Associação Brasileira de Indústria Farmacêutica.

4.2.3.2. Processos judiciais

Foram localizadas 18 ações anulatórias¹⁷⁶ e 1 ação cautelar¹⁷⁷ ajuizadas na JFDF pelos laboratórios. Foi proferida sentença¹⁷⁸ unificada para todos os processos, dando provimento aos pedidos e anulando a decisão proferida pelo CADE no processo administrativo.

No TRF1, todas as apelações interpostas pelo CADE foram julgadas, sem êxito na reversão da sentença. As apelações tiveram a mesma relatoria, e seus respectivos acórdãos são praticamente idênticos. Adiante serão analisados os principais fundamentos adotados pela sentença conjunta e pelo TRF1 no julgamento das apelações.

4.2.3.3. Sentença de procedência unificada dos processos na JFDF – anulação da decisão do CADE

A sentença de procedência conjunta foi proferida pelo juiz federal Itagiba Catta Preta Neto. Em seu relatório, o juiz expõe os diversos argumentos levantados pelas condenadas, que consistem basicamente em arguições de (i) nulidade por vícios formais e procedimentais; (ii) violação às garantias constitucionais e processuais; (iii) ausência de provas do ilícito; (iv) indevida responsabilização das pessoas jurídicas por ato de funcionários; (v) vedação à condenação pela prática de meros atos preparatórios do ilícito; (vi) ausência de individualização das condutas e (vii) ausência de nexo causal.

As preliminares foram rejeitadas. Em seguida, o juiz consignou que: (i) a exclusão da ABIFARMA do rol de representadas no PA constituiu gravíssimo vício material que maculou o julgamento, pois as demais investigadas teriam sido incriminadas também com base em atos praticados pela associação; (ii) a mera existência de motivos para as empresas dificultarem a entrada dos genéricos no país não implicaria automaticamente na adoção de medidas concretas de boicote (segundo o magistrado: “*motivos por si só não são suficientes para*

¹⁷⁶ Pela Bristol-Myers Squibb: Ação Ordinária n.º 2007.34.00.043979-0; Pela Abbott Laboratórios do Brasil: Ação Ordinária n.º 2007.34.00.043980-0; Pela Merck Sharp & Dohme Farmacêutica: Ação Ordinária n.º 2007.34.00.043998-2; Pela Akzo Nobel (atual Schering – Plough): Ação Ordinária n.º 2007.34.00.044419-6; Pela Mantecorp Indústria Química: Ação Ordinária n.º 2008.34.00.000496-0; Pela Biosintética Farmacêutica: Ação Ordinária n.º 2008.34.00.000638-5; Pela Nycomed Pharma: Ação Ordinária n.º 2008.34.00.000639-9; Pela Astrazeneca do Brasil: Ação Ordinária n.º 2008.34.00.001801-6; Pela Wyeth Indústria Farmacêutica: Ação Ordinária n.º 2008.34.00.001805-0; Pela Boeringher Ingelheim do Brasil: Ação Ordinária n.º 2008.34.00.001816-7; Pela Sanofi Aventis: Ação Ordinária n.º 2008.34.00.002628-4; Pela CSL Behring Comércio de Produtos: Ação Ordinária n.º 2008.34.00.003138-9; Pela Glaxosmithkline Brasil: Ação Ordinária n.º 2008.34.00.003164-2; Pela ELI LILLY DO BRASIL: Ação Ordinária n.º 2008.34.00.008656-0; Pela Bayer S.A: Ação Ordinária n.º 2007.34.00.044314-6; Pela Pharmacia Brasil: Ação Ordinária n.º 2007.34.00.043978-7; Pela Janssen-Cilag: 2008.34.00.000495-7; Pela Produtos Roche: Ação Ordinária n.º 2008.34.00.000497-4.

¹⁷⁷ Pela Eli Lilly do Brasil: Ação Cautelar n.º 2008.34.00.003133-0.

¹⁷⁸ Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20111220-01.doc>; <www.conjur.com.br/dl/sentenca-cade-farmacenticas.doc>. Conferir também: PAGOTTO, Leopoldo; ALVES, Kathleen Karen. Cit., p. 471-500.

determinar condutas”) ¹⁷⁹ ; (iii) no julgamento, o CADE não teria individualizado adequadamente as condutas de cada representada que participou da reunião; (iv) seria arbitrariedade afirmar que um feixe de indícios é suficiente para uma condenação; (v) haveriam contradições no entendimento do próprio CADE, pois teria deixado de instaurar representação contra o laboratório Bristol por este ter se insurgido contra a decisão da reunião, ao mesmo tempo em que reputou a simples participação na reunião suficiente para condenação das representadas; (vi) a ata apócrifa da reunião não seria suficiente para comprovar o conluio, pois seu conteúdo revelaria seu caráter de mero indício de prova; (vii) a reunião teria sido amadora demais para configurar efetivamente um ato concertado, já que foi realizada de portas abertas e alguns funcionários não sabiam dos assuntos que seriam tratados. Assim, a conclusão do CADE teria sido exagerada; (viii) não teria sido observada a garantia constitucional da presunção de inocência.

Por fim, a sentença julgou os pedidos procedentes e anulou a decisão do CADE por reputar que, embora não tenha ocorrido nulidades na tramitação do PA, o aspecto material (mérito) estaria viciado em razão de incoerência e ausência de lastro real na decisão do CADE. Condenou ainda a autarquia ao pagamento de honorários em R\$ 50 mil para cada autora e determinou a redução da verba para R\$ 30 mil com a condição de que não fosse interposto recurso.

4.2.3.4. Acórdãos das apelações – manutenção da anulação

O CADE interpôs apelações, impugnando os principais pontos da sentença com base nos fundamentos adotados pelo voto vencedor do Conselheiro Luís Fernando Rigato no PA.

O Des. Kassio Marques (relator dos recursos) reputou que: (i) o voto vencido do Conselheiro Ricardo Cueva pelo arquivamento do PA estaria correto, pois o conteúdo da ata e as circunstâncias em que ocorreu a reunião não teriam comprovado a prática do ilícito; (ii) pela leitura da ata da reunião não teria ficado claro se os participantes estavam discutindo estratégias comerciais ou realmente queriam dificultar a entrada dos genéricos no mercado; (iii) os depoimentos colhidos no PA indicaram que a reunião teria sido muito informal, com dispersão e até distração por vários dos participantes – o que comprovaria a ausência de deliberação objetiva sobre o boicote; (iv) as condutas da ABIFARMA (excluída do PA) não poderiam ser usadas de suporte para a condenação das representadas; (v) não teria sido

¹⁷⁹ Cf. sentença nos processos indicados anteriormente na nota n.º 159, p. 40 da decisão.

observado o princípio da individualização das penas (aplicável tanto na esfera administrativa como na penal).

Por fim, o Des. Kassio Marques confirmou os fundamentos da sentença e concluiu que a condenação foi indevida, pois as provas do conluio eram frágeis ou inexistentes. Houve parcial provimento da apelação do CADE somente para fixar os honorários advocatícios em R\$ 30 mil para cada Autora¹⁸⁰ (corrigindo o comando condicional da sentença nesse ponto). A 6ª Turma do TRF1 acolheu o voto do relator e o acórdão foi proferido por unanimidade. Os ED opostos contra essa decisão foram rejeitados, tendo sido consignado pela 6ª Turma que as regras da experiência não seriam aplicáveis ao caso, por não haver lastro probatório mínimo.

O conteúdo dessa decisão foi repetido para todas as apelações. Portanto, a anulação da multa aplicada pelo CADE foi confirmada em 2ª instância para todas as representadas.

4.2.4. O cartel das britas – aprox. R\$ 40,7 milhões¹⁸¹ (Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14)

4.2.4.1. Descrição do caso

Trata-se de processo administrativo instaurado em julho de 2003 e oriundo de denúncia anônima recebida pela SDE em abril de 2002. Na ocasião, foi noticiada a formação de cartel por 17 pedreiras em São Paulo, que supostamente estariam se reunindo diariamente no SINDIPEDRAS¹⁸² com o objetivo de dividir o mercado e fixar preços para aumentar os lucros (cartel *hardcore*). As investigações envolveram a realização de busca e apreensão de documentos nas empresas, com autorização judicial e auxílio do MP e da Polícia Federal.

O mercado relevante definido foi o de pedra brita na Região Metropolitana de São Paulo. Em relação ao poder de mercado, estimou-se de forma conservadora que as representadas possuíam 57% do mercado em 2003¹⁸³. Ademais, teria sido identificada a homogeneidade do produto, similaridade dos custos de produção e altas barreiras à entrada (condições propícias para formação do cartel).

Com a análise dos documentos apreendidos e outras provas produzidas, constatou-se que: (i) o grupo atuava desde 1994; (ii) a entidade sindical SINDIPEDRAS organizava e presidia o cartel, inclusive através de programas de computador utilizados para

¹⁸⁰ O que resultou em um prejuízo total de cerca de R\$ 570 mil para o CADE.

¹⁸¹ Cf. Nota Técnica CAD-CADE n.º 044/2006 e respectivas Tabelas no PA n.º 08012.002127/2002-14, fls. 14.100-14.106.

¹⁸² Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo.

¹⁸³ Cf. Voto Vogal da Conselheira Elizabeth Farina (PA 08012.002127/2002-14, fl. 13.508).

compartilhamento de informações e controle de preços praticados; (iii) o cartel era fortemente institucionalizado¹⁸⁴.

O relator Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado rejeitou todas as preliminares levantadas pelas defesas, enumerou e analisou todas as práticas e instrumentos utilizados pelas representadas e concluiu que o ilícito se configurou. Destacou que o conluio foi devidamente comprovado e durou período prolongado (mais de 10 anos). Em relação às penalidades, fixou a multa em 20% do faturamento para as empresas que fizeram parte do Comitê Gestor (agravante pela liderança) e 15% para as demais.

Em julho de 2005, o CADE proferiu acórdão acolhendo o voto do relator e condenando por unanimidade as empresas (com exceção de 3 representadas) pelas infrações previstas no art. 20, inc. I, II e IV e em diversos incisos do art. 21 da Lei 8.884. O SINDIPEDRAS foi condenado por coordenar o cartel, com base no arts. 20, inc. I e 21, inc. II (por maioria). As multas aplicadas foram de 15-20% do faturamento bruto no exercício de 2002 para as empresas e 300 mil UFIR's para o SINDIPEDRAS. Esta entidade ainda foi condenada à publicação de extrato da decisão em um dos dois jornais de maior circulação no Estado de SP. Por fim, também houve a aplicação da penalidade alternativa do art. 24, inc. IV, b em desfavor de todas as representadas. A empresa Holcim S.A conseguiu a revisão da multa perante o CADE e em seguida efetuou o pagamento espontaneamente.

4.2.4.2. *Processos judiciais*

Foram localizadas 7 ações anulatórias¹⁸⁵ e 3 ações cautelares¹⁸⁶ ajuizadas na JFDF. Todas essas ações foram julgadas improcedentes. As apelações interpostas contra as sentenças dessas ações ainda se encontram pendentes de julgamento pelo TRF1. A única sentença cujo

¹⁸⁴ Existia uma regulamentação própria para ingresso de novos participantes, havia agentes que fiscalizavam o cumprimento do acordo, além de encontros quinzenais com os representantes das empresas e reuniões extraordinárias para discussão de técnicas de coalização do grupo. Essas medidas e instrumentos asseguravam o alinhamento da conduta de cada empresa e neutralizavam a instabilidade típica dos cartéis. Havia ainda um Comitê Gestor do cartel, com membros eleitos em mandatos de 6 meses (com previsão de recondução).

¹⁸⁵ Pela Basalto Pedreira: Ação Ordinária n.º 2006.34.00.016955-2 (sentença de improcedência proferida em 2007); Pela Itapissera: Ação Ordinária n.º 2006.34.00.007841-5 (sentença de improcedência proferida em 2007); Pela Lafarge Brasil e Indústria e Extração de Areia Khouri: Ação Ordinária n.º 2006.34.00.006851-7 (sentença de improcedência proferida em 2008); Pela Pedreira Cachoeira: Ação Ordinária n.º 2005.34.00.032881-5 (sentença de improcedência proferida em 2007); Pela Reago Indústria e Comércio: Ação Ordinária n.º 2006.34.00.007840-1 (sentença de improcedência proferida em 2007); Pela Embu S.A: Ação Ordinária n.º 2006.34.00.008084-3 (sentença de improcedência proferida em 2007); Pela Geocal Minerações: Ação Ordinária n.º 2006.34.00.037076-4 (sentença de procedência proferida em 2008).

¹⁸⁶ Ações Cautelares: 2006.34.00.019753-4 (Basalto Pedreira, para suspender a cobrança da multa – sentença de improcedência proferida em 2007); 2006.34.00.003686-7 (Itapissera, para suspender a decisão do CADE – sentença de improcedência em 2007); 2006.34.00.003685-3 (Reago Indústria e Comércio, para suspender a decisão do CADE – sentença de improcedência proferida em 2007).

inteiro teor foi localizado se refere à ação da Embu S.A.¹⁸⁷. Em relação à ação ajuizada pela empresa Geocal Minerações, há artigo acadêmico contendo os principais fundamentos da sentença¹⁸⁸. Em razão da constatada semelhança nas alegações das empresas e da idêntica solução dada em 1º grau para a maioria das ações (improcedência), essas circunstâncias não prejudicarão a qualidade da nossa análise.

4.2.4.3. A sentença de improcedência da ação anulatória da Embu S.A - JFDF n.º 2006.34.00.008084-3

Trata-se de ação ajuizada pela Embu S.A Engenharia e Comércio com o pedido de declaração de nulidade do PA (e conseqüentemente da decisão condenatória).

A empresa sustentou as supostas nulidades com base nas seguintes alegações: (i) ilicitude na instauração do PA com base em denúncia anônima; (ii) incompetência da SDE para instaurar “procedimento administrativo secreto e não previsto em lei”; (iii) irregularidade na instrução processual; (iv) ausência de efeitos nocivos ao mercado, que seriam requisitos para configuração do ilícito; (v) ausência de prova da concordância da Embu S.A com as diretrizes do cartel; (vi) desproporcionalidade e caráter confiscatório da multa; (vii) inobservância da individualização das penas. O CADE apresentou contestação defendendo a regularidade do PA e acerto da decisão condenatória.

A sentença (proferida pela juíza Cristiane Pederzoli em 2007) rejeitou todas as preliminares levantadas pela empresa, baseando-se na defesa do CADE. Em relação ao mérito, a magistrada consignou que: (i) a correlação entre a conduta e os efeitos negativos não é requisito para condenação por prática de cartel; (ii) não procede a alegação de ausência de prova de aceitação das diretrizes do cartel, pois a empresa não produziu prova robusta sobre isso e a decisão do CADE teria presunção de legitimidade; (iii) a multa aplicada não foi desproporcional ou confiscatória, pois respeitou os limites e critérios legais; (iv) não teria sido violado o princípio da individualização, uma vez que a multa respeitou a capacidade econômica do infrator e não haveria necessidade de especificar o percentual de multa para cada empresa em casos de cartel.

No final, os pedidos foram julgados improcedentes e a autora foi condenada a pagar honorários fixados em R\$ 50 mil. Percebe-se na leitura da decisão que a juíza se limitou a fazer um controle estrito de legalidade, adotou a presunção de legitimidade da decisão e evitou reavaliar matéria fática. Portanto, o caso revela uma revisão judicial limitada.

¹⁸⁷ Disponível em: http://www.conjur.com.br/2007-fev-27/empresa_condenada_cartel_comercio_brita.

¹⁸⁸ Cf. FIDELIS, Andressa Lin. A revisão judicial das decisões do CADE. O mérito do ato administrativo e a efetividade da política antitruste. Revista do IBRAC, São Paulo, vol. 20/2011, jul./dez. 2011, p. 435).

4.2.4.4. A sentença da ação anulatória da Geocal Minerações – JFDF n.º 2006.34.00.037076-4

Os fundamentos adotados na sentença da ação anulatória da Geocal são praticamente idênticos aos adotados na ação da Embu S.A.

4.2.5. O cartel dos vigilantes – R\$ 40,5 milhões¹⁸⁹ (Processo Administrativo 08012.001826/2003-10)

4.2.5.1. Descrição do caso

Trata-se de processo administrativo instaurado para investigar a formação de cartel para participação em licitações (de diversas entidades públicas e privadas), entre empresas prestadoras de serviços de vigilância no Estado do Rio Grande do Sul. O processo se originou com base em Nota Técnica da SEAE e no primeiro acordo de leniência da história do CADE, feito pelo proprietário e pelo empregado de uma das empresas de vigilância envolvidas. A SDE identificou que as representadas atuavam de forma concertada: combinavam quais delas ganhariam cada licitação, ofereciam preços mais elevados com cobertura das outras empresas e simulavam ambiente competitivo, além de praticarem preços predatórios contra empresas que tentassem desestabilizar o cartel.

Foi constatado que o cartel atuava desde 1990 e se utilizava de uma associação (ASSERVIRGS¹⁹⁰) e de um sindicato (SINDESP-RS¹⁹¹) para realização de reuniões, onde eram combinados os lances e propostas que deveriam ser feitos nos certames. Além disso, as empresas: (i) planejavam o suborno de servidores públicos encarregados da elaboração de editais e (ii) praticavam represálias às empresas não alinhadas com o cartel, através de notificações denunciando supostas irregularidades trabalhistas. Outra forma de represália era feita através da prática de preços subfaturados nas licitações em que participasse a empresa de fora do cartel¹⁹².

O relator Conselheiro Abraham Benzaquen Sicsú definiu o mercado relevante como sendo o de licitações de serviços de vigilância privada no RS. Identificou as seguintes condições que propiciaram a cartelização: (i) barreiras à entrada – em razão das certidões e qualificações exigidas pelas licitações; (ii) número reduzido de agentes; (iii) homogeneidade

¹⁸⁹ Cf. Tabela com memorial de cálculo no PA 08012.001826/2003-10, fls. 8394-8395.

¹⁹⁰ Associação das Empresas de Vigilância do Rio Grande do Sul.

¹⁹¹ Sindicato das Empresas de Segurança Privada do Rio Grande do Sul.

¹⁹² Esses preços eram oferecidos por uma empresa integrante do cartel que se sacrificava, para depois ser recompensada com contratos superfaturados.

do serviço; (iv) presença de sindicatos. Ainda, rejeitou todas as preliminares de praxe levantadas pela defesa, individualizou as condutas das empresas e pessoas físicas e concluiu que as provas contidas em mais de 8.000 páginas dos autos teriam comprovado a existência do cartel, cujo único objetivo era falsear a concorrência.

Em relação às penalidades, foram identificados 3 critérios agravantes na dosimetria: (i) gravidade da infração; (ii) a consumação da infração e (iii) o grau de lesão da conduta à concorrência, aos consumidores e à economia nacional. Foram aplicadas multas de 15-20% do faturamento bruto das empresas envolvidas (e 15-20% desse valor para os administradores), com agravamento para quem exerceu papel de liderança. Os sindicatos e associações também foram multados, bem como seus respectivos dirigentes. Ademais, foi aplicada a penalidade alternativa de: (i) proibição de licitar com a administração pública federal, estadual e municipal por 5 anos; (ii) publicação de extrato da decisão em jornal, à custa dos sindicatos e da associação.

Ao final, o acórdão acolheu o voto do relator e condenou por unanimidade: (i) às empresas e seus administradores com base nos art. 20, inc. I c/c art. 21, incs. I e VIII da Lei 8.884; (ii) a associação, os sindicatos e seus dirigentes com base nos art. 20, inc. I c/c art. 21, inc. II.

4.2.5.2. *Processos judiciais*

Com objetivo de impugnar essa decisão, a maioria das representadas ajuizou mandados de segurança¹⁹³ e ações ordinárias¹⁹⁴ (com pedidos de suspensão e anulação), tanto na JFDF como na Justiça Federal do Rio Grande do Sul (JFRS) e Santa Catarina (JFSC). Dentre todos esses processos, foi identificada somente 1 sentença (que foi confirmada pelo TRF1) acolhendo o pedido para anular a decisão do CADE, em razão de vício procedimental.

¹⁹³ Na JFDF: 2007.34.00.039921-4 (ONDREPSB); 2007.34.00.042981-3 (Rudder); 2007.34.00.042977-2 (Delta Serviços); 2008.34.00.007933-9 (Delta Serviços); 2008.34.00.007936-0 (Delta Serviços); 2006.34.00.027027-5 (Rota Sul); 2007.34.00.042881-1 (Paulo Bordin); 2008.34.00.014303-6 (SINDESP e Delta); 2007.34.00.044376-0 (Vigilância Pedrozo); 2007.34.00.042978-6 (Rudder); 2008.34.00.007998-3 (Rudder); 2007.34.00.041880-7 (SINDESP, Sindivigilantes e Evandro); 2007.34.00.042976-9 (SINDESP).

¹⁹⁴ Na JFDF: 2008.34.00.014391-3 (MD Serviços); 0016499-30.2010.4.01.3400 (Segurança Panambi e Sérgio Gonzalez); 0063937-47.2013.4.01.3400 (Ebv); 2007.34.00.041221-3 (Vigilância Pedrozo e Ivan Pedrozo); 0041760-55.2014.4.01.3400 (Rudder e Cláudio); 0022249-71.2014.4.01.3400 (Sindivigilantes e Evandro). Na JFRS: 2007.71.00.038711-2 (Epavi e Silvio Pires); 2007.71.00.038921-2 (Rota Sul); 2007.71.00.040486-9 (MD Serviços e Ari Luis); 2007.71.00.040517-5 (Vigilância Pedrozo e Ivan Pedrozo); 2007.71.00.040534-5 (Rudder e Cláudio); 2007.71.00.040681-7 (Reação); 2007.71.00.040783-4 (Mobra Serviços); 2007.71.00.043137-0 (Senior Segurança e Osmar Guedes); 2007.71.00.044270-6 (Sindivigilantes e Evandro); 2007.71.00.047797-6 (Panambi); 2007.71.04.006603-3 (Delta Serviços); 2008.71.00.004107-8 (Paulo Bordin); 2008.71.00.014916-3 (ONDREPSB); 2008.71.00.022604-2 (MD Serviços); 2007.71.00.046058-7 (Secure); 2007.71.00.040156-0 (Seltec e Paulo Pacheco); 2007.71.00.040825-5 (Proservi e Airton Rolim); 2007.71.00.046161-0 (Protevale); 2007.71.04.006953-8 (Carlos Alberto Cortina). Na JFSC: 2007.72.00.014371-7 (Ebv).

A pesquisa localizou a integralidade de 6 sentenças: 1 em MS e 5 em ações ordinárias. Foi obtido o inteiro teor de 2 acórdãos (do TRF1 e TRF4), proferidos em apelações interpostas contra duas dessas sentenças. Adiante serão analisados os principais fundamentos dessas decisões.

4.2.5.3. A sentença de procedência e acórdão de apelação no Mandado de Segurança da ONDREPSB – JFDF n.º 2007.34.00.039921-4

Trata-se de mandado de segurança com pedido de nulidade do julgamento do PA, em razão da ausência de intimação do advogado da ONDREPSB sobre a pauta em que foi incluída a data do julgamento que condenou a empresa impetrante. A sentença reputou que isso violou a ampla defesa e o princípio constitucional do devido processo legal, porque o advogado não pôde fazer sustentação oral no julgamento.

Diante disso, em agosto de 2009 o juiz Alaôr Piacini concedeu a segurança para decretar a nulidade do julgamento ocorrido em setembro 2007 e determinou a realização de novo julgamento pelo CADE em relação à ONDREPSB, com a devida intimação dos advogados constituídos.

Em 2012, o TRF1 julgou a apelação interposta pelo CADE e manteve a sentença por unanimidade. Em síntese, o CADE alegou que não houve prejuízo com a ausência de intimação e que a suposta nulidade foi suscitada como último argumento em face da não reversão do mérito da condenação. O Des. Jirair Meguerian rejeitou os argumentos do CADE e consignou que a ausência de intimação violou indiscutivelmente a ampla defesa e o contraditório. Os ED opostos contra o acórdão foram rejeitados.

Em relação às consequências dessa decisão, sabe-se que a ONDREPSB se manifestou no PA em fevereiro de 2010, indicando a anulação do julgamento e oferecendo a proposta de acordo de 100 mil reais¹⁹⁵, mesmo tendo sido condenada ao pagamento de multa estimada em R\$ 4,2 milhões¹⁹⁶. Não foram localizadas mais informações nos autos sobre a análise desse pleito.

4.2.5.4. A sentença de improcedência na Ação Ordinária da Secure Sistemas de Segurança Ltda. – JFRS n.º 2007.71.00.046058-7

Trata-se de ação ordinária ajuizada pela empresa Secure para obter a nulidade da decisão condenatória proferida pelo CADE. Em 2013 foi proferida sentença consignando que

¹⁹⁵ Cf. petição da representada no PA 08012.001826/2003-10, fls. 12.628-12.631.

¹⁹⁶ Cf. cálculo feito em setembro de 2008 no Despacho da PROCADE no PA 08012.001826/2003-10, fls. 12.227-12.279.

as provas do PA demonstraram a ocorrência do acerto e que a ampla defesa e o contraditório foram respeitados. Mencionou que o cartel, por sua própria natureza, não exige prova absolutas e diretas, sendo suficientes provas indiretas que gerem a certeza da ocorrência do ilícito. Por fim, a juíza Thais Kliemann afirmou que deve prevalecer a presunção de legitimidade dos atos administrativos, uma vez que a impetrante não comprovou nenhum erro de fato. Diante disso, julgou os pedidos improcedentes.

4.2.5.5. A sentença de improcedência na Ação Ordinária da Seltec Vigilância Ltda. e Paulo Pacheco – JFRS n.º 2007.71.00.040156-0

Trata-se de ação ordinária ajuizada pela empresa Seltec e por Paulo Pacheco para obter a nulidade da decisão condenatória proferida pelo CADE. Em 2010 foi proferida sentença adotando integralmente os fundamentos de parecer do MPF para julgar improcedente a demanda. O referido parecer rebateu os argumentos dos autores consignando que: (i) o cartel foi exaustivamente comprovado; (ii) não haveria erro de julgamento apto a afastar a presunção de legitimidade do CADE; (iii) não houve violação do devido processo legal, pois a ampla defesa e contraditório foram respeitados no PA; (iv) não houve desproporcionalidade na fixação da multa, diante da gravidade do cartel.

4.2.5.6. A sentença de improcedência na Ação Ordinária da Protevale Vigilância Ltda. - JFRS n.º 2007.71.00.046161-0

Trata-se de ação ordinária ajuizada pela empresa Protevale para obter a nulidade da decisão condenatória proferida pelo CADE ou a redução/revisão das penalidades aplicadas.

Em 2014 foi proferida sentença adotando os fundamentos de parecer do MPF, este praticamente idêntico ao da ação da Seltec e Paulo Pacheco. Ademais, a decisão mencionou o acórdão do TRF4 proferido na AC n.º 5006908-93.2011.404.7100 (ref. Ação Ordinária da Proservi – item 4.2.5.8 abaixo) para defender que a revisão judicial não pode controlar o mérito dos atos administrativos regulatórios, somente as formalidades processuais e os direitos fundamentais. Por fim, reputou não terem sido demonstrados vícios no processo administrativo e julgou a ação improcedente.

4.2.5.7. A sentença de improcedência na Ação Ordinária de Carlos Alberto Cortina – JFRS n.º 2007.71.04.006953-8

Trata-se de ação ordinária ajuizada por Carlos Alberto Cortina para obter a nulidade da decisão condenatória proferida pelo CADE.

Em 2010 foi proferida sentença rejeitando as alegações do autor e reputando que: (i) o processo administrativo respeitou o devido processo legal, contraditório e ampla defesa; (ii)

não haveria ilicitude na utilização das gravações telefônicas como meio de prova, já que as gravações clandestinas são admitidas e legítimas quando visam a proteção da coletividade; (iii) o autor responde objetivamente pela prática do ilícito, que foi devidamente comprovado, inclusive no depoimento prestado pelo autor perante o juízo; (iv) as penalidades fixadas foram proporcionais. Diante disso, julgou improcedente a ação.

4.2.5.8. A sentença de improcedência e acórdão de apelação na Ação Ordinária da Proservi Serviços Ltda. e Airton Rolim Araújo – JFRS n.º 2007.71.00.040825-5

Trata-se de ação ordinária ajuizada pela empresa Proservi e por Airton Rolim para obter a nulidade da decisão condenatória proferida pelo CADE. Em 2010 foi proferida sentença adotando integralmente os fundamentos de parecer do MPF, este praticamente idêntico ao da ação da Seltec e Paulo Pacheco e ação da Protevale (itens 4.2.5.5 e 4.2.5.6 acima). Com base nesse parecer, o juiz federal Jurandi Borges julgou a ação improcedente.

Contra essa decisão, foi interposta apelação pelos autores. Em síntese, alegaram a inexistência de cartel, a ilegalidade das provas (em especial das gravações telefônicas) e requereram a revisão da multa e da penalidade de proibição de licitar.

Em 2014, o relator Des. Fernando Quadros da Silva proferiu voto refutando as alegações, com base nos seguintes fundamentos: (i) a ilicitude das gravações clandestinas reconhecida no âmbito penal não invalidaria o acórdão do CADE, que foi baseado em outras provas e utilizou as gravações como mera “prova emprestada”; (ii) os autores não produziram prova robusta de ilegalidade ou inconstitucionalidade a ensejar anulação da decisão do CADE, situação que impõe uma revisão judicial moderada e limitada em prol da presunção de legitimidade; (iii) não houve lesão à direito fundamental que autorize o Judiciário a ingressar no aspecto material do ato. Portanto, reputou que deve ser respeitado o mérito administrativo (principalmente em matéria de regulação econômica).

Por fim, veiculou a opinião de que nesses casos (envolvendo o CADE e outras agências) o juiz deve se limitar a cassar a decisão e reenviar o assunto para o órgão competente, indicando eventuais vícios procedimentais. A Des. Marga Inge Tessler e Des. Carlos Thompson Flores adotaram os termos do voto do relator e a 3ª Turma rejeitou a apelação por unanimidade. Merecem destaque os seguintes fundamentos veiculados na ementa, que tratam especificamente dos limites da revisão judicial das decisões do CADE:

“(...) ATO ADMINISTRATIVO. DESCONSTITUIÇÃO. ACÓRDÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). PRESUNÇÃO DE VERACIDADE E LEGITIMIDADE. (...) 6. As atividades desempenhadas pelo CADE devem observar as regras e princípios constitucionais, bem como as normas

insertas na novel Lei n. 12.529/2011, e - neste aspecto (constitucionalidade e legalidade) - os atos do Conselho são passíveis de anulação pelo Poder Judiciário, que tem o escopo de assegurar a tutela dos direitos garantidos pelo ordenamento jurídico. 7. Decidir se as condutas praticadas pelas pessoas jurídicas e pessoas físicas representadas no processo administrativo caracterizam infração à ordem econômica e aplicar as penalidades da lei antitruste compete ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica. 8. Para fins de controle judicial, deve ser equiparado o CADE às agências reguladoras. A independência regulatória conferida ao órgão e o grau de intervenção que poderá exercer sobre o respectivo setor recomendam que a tutela judicial seja eficazmente assegurada para preservação dos direitos fundamentais. 9. O controle judicial que se preconiza não diz respeito ao mérito dos atos administrativos regulatórios, mas às formalidades adotadas na preparação do ato ou violação de direitos fundamentais. 10. Pretendendo os autores desconstituir ato administrativo (acórdão proferido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que reconheceu a existência de cartel e aplicou as sanções da Lei n. 8.884/1994, então vigente), é necessária prova plena, inequívoca, da suposta ilegalidade, porquanto os atos administrativos revestem-se dos atributos da presunção de legitimidade e veracidade.”

Também merece destaque o voto proferido nos ED opostos contra essa decisão (rejeitados), que rechaçou expressamente a revisão da multa em razão de suposta excessividade e avaliação inadequada das agravantes. Prevaleceu o entendimento do acórdão da apelação, pela não invasão do mérito da agência antitruste (limitando-se ao controle da legalidade e das garantias constitucionais - posição da revisão judicial restrita).

4.2.6. O cartel dos tacógrafos – Siemens VDO/Continental – R\$ 10,8 milhões¹⁹⁷ (Processo Administrativo n.º 08012.004484/2005-51)

4.2.6.1. Descrição do caso

Trata-se de processo administrativo instaurado para apurar supostas infrações concorrenciais praticadas pela representada Siemens VDO Automotive Ltda. (atual Continental Brasil Indústria Automotiva Ltda.) em face da SEVA Engenharia Eletrônica S.A (representante). As infrações consistiriam em: (i) inicialmente, prática de sham litigation¹⁹⁸ pela Siemens, ajuizando ações e atuando administrativamente para prejudicar a concorrente;

¹⁹⁷ Cf. Despacho da Presidência proferido em novembro de 2010, que homologou o cálculo de liquidação da multa feito pela ProCADE (PA 08012.004484/2005-51, fl. 4.185).

¹⁹⁸ Que consiste, de forma bem simplória, no abuso de direito de ação pelo ajuizamento de demandas sem fundamento jurídico razoável ou com mínimas chances de êxito, com o principal objetivo de prejudicar o concorrente. Cf. definição do economista Christopher Klein: “*Sham litigation as an antitrust law violation has been the subject of much discussion in recent years. Historically, sham litigation has generally been defined legally as anticompetitive litigation that is ‘baseless’ or otherwise without any legitimate foundation. From an economic perspective, this is a very restrictive definition which allows considerable use of the legal and administrative systems for anticompetitive ends. A definition of sham litigation that more in keeping with economic reasoning would identify sham litigation as predatory or fraudulent litigation with anticompetitive effect, that is, the improper use of the courts and other government adjudicative processes against rivals to achieve anticompetitive ends.*” (The Economics Of Sham Litigation: Theory, Cases, and Policy. Bureau of Economics Staff - Report to the Federal Trade Commission, April 1989).

(ii) em seguida, convite à formação de cartel, como alternativa para solução dos litígios iniciados com a SEVA.

A infração teria ocorrido no mercado nacional de tacógrafos¹⁹⁹, que foi definido como mercado relevante. Na época, a Siemens possuía 85% do mercado e a SEVA cerca de 2%.

O Conselheiro Relator Fernando Furlan indeferiu a produção de provas requerida pela representada, afastou a alegação da Siemens de que se trataria meramente de conflito privado (sem caráter concorrencial) e desconstruiu todos os argumentos levantados que supostamente justificariam o ajuizamento das ações judiciais contra a SEVA.

Depois de analisar todo o contexto que permeou o ajuizamento das ações judiciais, o relator concluiu que essa conduta acabou criando incertezas sobre a regulação aplicável ao setor, o que dificultou a entrada de potenciais concorrentes em um mercado altamente concentrado. Ademais, as ações seriam altamente prejudiciais à SEVA e não teriam nenhuma utilidade em si mesmas para a Siemens.

Em relação ao suposto convite para cartelizar feito pelo dirigente da Siemens em reunião com o administrador da SEVA, o voto do relator reputou que a “parceria” oferecida à SEVA para que se retirasse do mercado não teria caráter de convite autônomo à formação de cartel, mas integraria a estratégia da Siemens para impedir o ingresso de concorrentes. Ou seja, o convite seria mera continuidade da conduta ilícita iniciada pelo ajuizamento das ações. Com base nesse raciocínio, a alegação da Siemens de que a gravação clandestina seria inválida porque os trechos foram obtidos por meio de indução (ou flagrante preparado) foi rejeitada.

Por fim, o relator votou pela condenação da Siemens com base no art. 23, inc. I da Lei 8.884/94, aplicando a multa mínima de 1% do faturamento bruto diante das particularidades do caso concreto. Destaca-se que houve votos-vista dos Conselheiros Olavo Chinaglia, César Costa e do Presidente Arthur Badin em sentido totalmente diverso, votando pelo arquivamento do processo. Depois de exaustiva reanálise e amplo debate entre os Conselheiros, o relator Furlan retificou o fundamento do voto para veicular o entendimento de que as ações judiciais não foram abusivas ou ilícitas, mas analisadas em conjunto com a proposta de cartel revelaram uma estratégia ilícita capaz de gerar efeitos anticompetitivos. Por maioria, o Plenário do CADE acolheu os termos do voto do relator e condenou a Siemens.

¹⁹⁹ Segundo definição da SDE: “o tacógrafo é um registrador instantâneo e inalterável de velocidade e tempo. Trata-se de equipamento de controle que possibilita a reconstituição da viagem realizada pelo veículo. É empregado para controle de frotas e para a realização de estudos e laudos periciais sobre acidentes.” (cf. Acórdão do PA 08012.004484/2005-51, p. 2 – fl. 3.198 dos autos).

4.2.6.2. A sentença de improcedência e acórdão de apelação da ação anulatória da Siemens VDO/Continental Brasil – JFDF n.º 0051179-41.2010.4.01.3400

Contra essa condenação, a Siemens VDO (Continental), ajuizou ação anulatória perante a JFDF pleiteando: (i) nulidade do acórdão proferido pelo CADE; (ii) reconhecimento de vícios formais no trâmite e julgamento do PA, por suposta ilicitude da única prova utilizada para condenação (gravação ambiental); (iii) revisão da multa para reduzi-la com base na razoabilidade/proporcionalidade.

Em agosto de 2012 os pedidos foram julgados improcedentes. A sentença reputou que: (i) a gravação ambiental foi lícita, conforme jurisprudência do STF e entendimento veiculado em parecer do MPF, este último no sentido de que alegações de nulidades típicas do processo penal não se aplicariam ao caso, que envolve o próprio mérito administrativo; (ii) não houve cerceamento de defesa, pois as alegações de ofensa ao devido processo legal foram genéricas e a Continental se manifestou regularmente no PA. O juiz acolheu novamente o parecer do MPF, que reputou existir mero descontentamento da Continental com a decisão de mérito do CADE (que não poderia ser substituída pelo juiz, em razão da discricionariedade técnica do órgão); (iii) não mereceria acolhimento o pedido de revisão da multa, uma vez que foi aplicada com base na lei que estava vigente na época (8.884/94), inexistindo qualquer ilegalidade.

Contra essa decisão a Continental interpôs apelação, reiterando as alegações anteriores e reforçando o argumento de que houve cerceamento de defesa pela não realização de perícia pelo CADE para que fosse comprovada a alegada edição nas gravações ambientais apresentadas pela SEVA (nas quais teriam sido omitidos trechos relevantes das conversas).

Em outubro de 2013 a Des. Selene de Almeida votou pela anulação da sentença por reputar imprescindível a realização de perícia para apuração da autenticidade e integralidade da gravação ambiental que embasou a condenação da Continental. Os demais integrantes da 5ª turma do TRF1 acompanharam o voto e anularam a sentença, determinando de ofício a realização da perícia. Os autos retornaram para vara de origem e ainda não foi proferida nova sentença.

Portanto, a decisão condenatória do CADE continua plenamente válida. A sentença foi anulada somente para que matéria fática controvertida seja esclarecida através de perícia, assegurando o pleno exercício do direito de defesa pela Siemens. Por ora, a multa permanece incólume.

4.2.7. O cartel de TV por Assinatura no Município de Blumenau/SC – R\$ 4,5 milhões²⁰⁰ (Processo Administrativo n.º 53500.003888-2001)

4.2.7.1. Descrição do caso

Trata-se de processo administrativo instaurado pela ANATEL e posteriormente encaminhado para o CADE, com objetivo de apurar a ocorrência de suposto cartel entre empresas que eram concorrentes diretas e únicas concessionárias de TV por assinatura em Blumenau/SC: DR Distribuição e Recepção de TV (DR-NET) e Antenas Comunitárias Brasileiras (BTV).

A suposta conduta concertada teria ocorrido através da aquisição de cotas da BTV pela DR-NET, operação societária pela qual a DR-NET teria adquirido o controle da BTV sem autorização. Constatou-se que antes mesmo do processamento da autorização, as representadas já estavam atuando de forma conjunta e sob a mesma gerência. Ademais, em pouco tempo depois da operação, a BTV teria pedido a renúncia da concessão perante a ANATEL.

Depois da aquisição irregular das cotas, usuários da BTV fizeram reclamações relatando a mudança na grade de canais e aumento abusivo de preços, que teriam sido majorados em 75%, igualando o preço cobrado pelas empresas com bandeira NET em âmbito nacional.

O mercado relevante foi definido como os mercados de programação de Serviço de Comunicação de Massa por Assinatura (SCEMA) e de aquisição de programas para esse serviço. Havia alta concentração de mercado, já que as representadas possuíam juntas 93% do mercado relevante de SCEMA em Blumenau²⁰¹.

O Conselheiro relator Luis Fernando Rigato constatou que até o momento da renúncia (e subsequente extinção) da concessão da BTV, ocorreu a prática de cartel (prática de conduta uniforme entre as duas empresas, sem autorização). O relator também mensurou os danos: a transferência automática de cerca de 20 mil clientes da BTV para a DR-NET e o aumento da mensalidade de R\$ 37,00 para R\$ 65,00 teriam resultado em lucros líquidos e ilícitos no valor estimado de R\$ 560-700 mil reais.

Ao final, o Plenário condenou as empresas por unanimidade pelas infrações ao art. 20, inc. II e IV e art. 21, inc. I e II. Em relação às penalidades, foram aplicadas multas (por

²⁰⁰ Cf. relatório na Apelação Cível n.º 2005.34.00.030540-3, TRF1, 5ª Turma, Rel. Des. Souza Prudente, j. 27/04/2016, fl. 2.

²⁰¹ 83,7% do mercado de SCEMA com a BTV e 9,3% com a DR-NET. Se fosse considerado somente o mercado de TV a cabo (modalidade de SCEMA) em Blumenau, as 2 empresas juntas teriam 100%.

maioria) de 25% do faturamento para a DR-NET e 20% para a BTV, além da obrigação de publicar extrato da decisão em jornal maior circulação em Blumenau/SC. Por fim, também houve determinação para que as empresas apresentassem a operação de concentração mencionada (aquisição das cotas) perante o CADE.

4.2.7.2. A sentença de improcedência e o acórdão de apelação determinando anulação do PA na ação ajuizada pela DR-NET e BTV – JFDF n.º 2005.34.00.030540-3

A DR-NET e BTV ajuizaram ação ordinária perante a JFDF, pedindo a anulação do processo administrativo e da decisão condenatória. Em ordem sucessiva, pleitearam: (i) declaração de inexistência da infração e de inexigibilidade da apresentação do ato de concentração; (ii) a revisão da multa aplicada para 1% do faturamento, com afastamento das demais penalidades.

A principal alegação das empresas foi a de que houve violação ao contraditório e à ampla defesa, pois: (i) não teriam sido juntados diversos documentos no PA, principalmente anexos (pareceres e informes técnicos) elaborados durante o trâmite do processo na ANATEL; (ii) não teria sido concedida oportunidade de manifestação sobre documentos que foram juntados nos autos.

A sentença de 1º grau julgou os pedidos improcedentes, reputando não ter ocorrido cerceamento de defesa ou inadequação das penalidades. Destacou que as empresas teriam se manifestado regularmente durante a instrução do processo na ANATEL, além de os documentos mencionados não terem servido para motivar e fundamentar a decisão do CADE.

Contra essa decisão as empresas interpuseram apelação e insistiram na alegação de que ocorreu cerceamento de defesa, por não terem obtido acesso aos documentos produzidos pela ANATEL e que posteriormente serviram de fundamento para aplicação das penalidades pelo CADE. Durante o trâmite do recurso no TRF1, as empresas também notificaram fato novo: a aprovação do ato de concentração apresentado ao CADE relativo à aquisição da BTV pela DR-NET, mesmo fato que ensejou a condenação por cartel.

O relator do recurso (Des. Souza Prudente) reputou que: (i) houve efetivo cerceamento de defesa, pois as autoras não tiveram acesso aos documentos mencionados durante a instrução do processo na ANATEL (acesso que foi obtido posteriormente através de liminar concedida pelo TRF1); (ii) seria irrelevante o fato de os documentos isoladamente não terem influenciado a decisão do CADE, pois em conjunto com as demais provas poderiam ter influenciado, ou até ensejado a absolvição das empresas. Ainda, consignou que as garantias do devido processo legal, ampla defesa e contraditório exigem que na aplicação de

penalidades administrativas os interessados tenham acesso a todo conjunto fático-probatório dos autos; (iii) a penalidade aplicada seria ilegítima, pois a posterior aprovação do ato de concentração teria revelado o equívoco da premissa que fundamentou a condenação das empresas, uma vez que o próprio CADE não teria constatado os efeitos lesivos ao mercado.

Diante disso, em abril de 2016 o Des. deu provimento à apelação e julgou procedente o pedido para anular o PA e a multa aplicada. Os demais desembargadores da 5ª Turma acompanharam o relator.

Em suma, nesse caso a multa foi anulada por dois fundamentos: (i) violação às garantias constitucionais de defesa; (ii) ausência de ilegalidade na conduta, pois o CADE teria reconhecido a ausência de efeitos negativos na operação efetuada entre as empresas. O primeiro fundamento está ligado à revisão judicial restrita (controle de legalidade). O segundo envolve a análise do próprio mérito da infração (que em tese não se confunde com o mérito do ato de concentração), podendo ser enquadrado como tipo de revisão judicial ampla.

5. LEVANTAMENTO DAS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES E IMPACTOS DA REVISÃO JUDICIAL DAS MULTAS APLICADAS NOS CASOS ANALISADOS

Dentre todos os 9 casos de cartéis analisados no presente trabalho, em 3 deles as multas foram completamente anuladas (“Cartel dos Gases”; “Cartel dos Genéricos” e “Cartel de TV por Assinatura”), em 5 foram majoritariamente mantidas (“Cartel dos Vergalhões de Aço”; “Cartel dos Aços Planos”; “Cartel das Britas”; “Cartel dos Vigilantes” e “Cartel dos Tacógrafos”) e em 1 caso a multa foi revisada (“Cartel da White Martins”).

As principais alterações que resultaram da revisão judicial foram: (i) anulação das multas no valor total de R\$2,33 bilhões, aplicadas no “Cartel dos Gases”; (ii) a redução da multa aplicada no “Cartel da White Martins”, de R\$ 24 milhões para R\$ 13,68 milhões (valores históricos); (iii) anulação da multas (não liquidadas) aplicadas no “Cartel dos Genéricos”; (iv) anulação da multa aplicada a uma das empresas envolvidas no “Cartel dos Vigilantes”, no valor de R\$ 4,2 milhões; (v) anulação da multa aplicada no “Cartel de TV por Assinatura no Município de Blumenau/SC”, no valor de R\$ 4,5 milhões.

Embora as características da amostra de casos acima não permitam grandes inferências (principalmente em termos quantitativos e estatísticos), ainda assim ensejam singelas constatações e considerações, que serão esmiuçadas adiante.

Analisando o impacto da revisão judicial em termos quantitativos, identificou-se que de um total de R\$ 2.854 milhões (ou 2,85 bilhões) em multas aplicadas, a revisão judicial implicou a anulação de R\$ 2.330 milhões (ou 2,33 bilhões), o que representa cerca de 81% do

total. Se interpretarmos esses dados e o respectivo percentual de forma absoluta, chegaremos à conclusão de que o Judiciário tem anulado a maior parte das multas aplicadas.

No entanto, o raciocínio demanda melhor contextualização. Ao isolarmos o valor das multas anuladas no “Cartel dos Gases” (possivelmente um caso isolado), iremos constatar que de um total de R\$ 524 milhões em multas aplicadas nos outros casos, as que foram anuladas somam o valor de R\$ 19 milhões, o que resulta em um percentual bem inferior em relação ao total: 3,6%. Sob essa perspectiva, chegamos à conclusão oposta de que a revisão judicial tem sido pouco expressiva.

Eventual contradição é aparente. A síntese correta dessas duas ideias resulta na conclusão de que o impacto que a revisão judicial tem causado é de dimensões muito maiores quando envolve multas em valores expressivos. Já nos casos menos expressivos e com multas fixadas em valores menores, a maior parcela das sanções pecuniárias antitruste tende a ser mantida pelo Judiciário (ou revisada com menos intensidade).

6. EQUILÍBRIO ENTRE A EFETIVIDADE DA PUNIÇÃO E A EFETIVAÇÃO DAS GARANTIAS

O principal desafio identificado na revisão judicial das punições aplicadas aos cartéis consiste em encontrar um equilíbrio entre a necessidade de uma punição efetiva às infrações antitruste e o respeito às garantias constitucionais e processuais no âmbito de um processo administrativo com feição sancionadora.

No caso das multas, também há o específico embate entre a deterrência da penalidade pecuniária (um dos pilares centrais na efetividade da política antitruste) e a proporcionalidade e razoabilidade, dois comandos (princípios) constitucionais caríssimos ao Estado de Direito e imprescindíveis para o cultivo e manutenção de um direito antitruste não autoritário.

Em face disso, a análise dos principais fundamentos das decisões judiciais abordadas nesse trabalho servirá para tentarmos identificar para qual dos dois lados da balança a revisão judicial pende mais.

6.1. PRINCIPAIS FUNDAMENTOS DAS DECISÕES QUE MANTIVERAM AS MULTAS

Os principais fundamentos adotados pelas decisões para manter as sanções pecuniárias aplicadas pelo CADE foram:

- (i) Ausência de violação às garantias processuais e constitucionais durante o trâmite do PA, por não ter ocorrido prejuízo à empresa condenada (ação anulatória da Gerdau no “Cartel dos Vergalhões de Aço”);

- (ii) Constatação da plena regularidade (ausência de vícios) no trâmite do PA e acerto da decisão, depois de ampla avaliação do mérito do caso e do entendimento adotado pelo CADE na condenação (ações anulatórias no “Cartel dos Aços Planos”; ação anulatória de Carlos Alberto Cortina no “Cartel dos Vigilantes”);
- (iii) Necessidade de deferência à presunção de legitimidade das decisões do CADE e adoção de uma revisão judicial restrita (ações anulatórias no “Cartel das Britas”; ações anulatórias da Secure Sistemas, da Seltec Vigilância, da Protevale Vigilância e da Proservi Serviços Ltda. e Airton Rolim Araújo no “Cartel dos Vigilantes”; a sentença de improcedência na ação anulatória da Siemens VDO/Continental Brasil no “Cartel dos Tacógrafos”).

6.2. PRINCIPAIS FUNDAMENTOS DAS DECISÕES QUE REVISARAM AS MULTAS

Dentre os casos analisados, somente no “Cartel dos Gases” (cap. 4.2.1) o Judiciário efetivamente revisou os valores das multas aplicadas e teceu considerações (ainda que escassas) sobre a aplicação dos parâmetros para sua fixação²⁰². A decisão adotou o pressuposto de que o CADE não possui discricionariedade na fixação das multas (concepção dos atos vinculados), devendo motivar o valor estabelecido sempre que for maior que o mínimo legal. Nesse caso, o julgador entendeu que algumas agravantes da penalidade não tinham sido avaliadas ou fundamentadas corretamente, e determinou a redução proporcional da multa.

6.3. PRINCIPAIS FUNDAMENTOS DAS DECISÕES QUE ANULARAM AS MULTAS

Os principais fundamentos adotados pelas decisões que anularam as sanções e multas consistiram em:

- (i) Vedação à violação do devido processo legal (art. 5º, incs. LIV e LVI da CF) por uso de provas ilícitas (ações anulatórias no “Cartel dos Gases”);
- (ii) Vedação à violação do devido processo legal, ampla defesa e contraditório por vícios procedimentais no PA que resultem em cerceamento de defesa – *e.g.* ausência de intimação para sustentação oral e impossibilidade de acesso a documentos essenciais (Mandado de Segurança da empresa ONDREPSB no “Cartel dos Vigilantes”; acórdão de apelação no “Cartel de TV por Assinatura no Município de Blumenau/SC”);

²⁰² Art. 27 da Lei 8.884/94 e 45 da Lei 12.529/2011 – v. capítulo 2.6.1.

- (iii) Nulidade da condenação por inexistência ou valoração inadequada de provas e desrespeito ao princípio da individualização das penas (ações anulatórias no “Cartel dos Genéricos”);
- (iv) Invalidez da condenação aplicada pelo CADE por infração à ordem econômica (cartel – controle repressivo), com base em conduta que tenha sido posteriormente aprovada (reputada lícita) em sede de controle de concentração (controle preventivo).

7. ALGUMAS CONTRADIÇÕES ORIUNDAS DA REVISÃO JUDICIAL NOS CASOS ANALISADOS

As principais contradições oriundas da revisão judicial foram identificadas nas seguintes decisões dos casos analisados:

7.1. CONTRADIÇÕES NO ACÓRDÃO DE APELAÇÃO DA AÇÃO ANULATÓRIA N.º 2004.34.00.013282-7 (“CARTEL DA WHITE MARTINS”)

O voto do relator no acórdão de apelação da ação anulatória n.º 2004.34.00.013282-7 (TRF1) da White Martins (v. capítulo 4.2.1.2) contém no mínimo 3 contradições.

Em primeiro lugar, há contradição em relação à margem de discricionariedade do órgão antitruste para fixação da multa com base no art. 27 da Lei 8.884. O relator consignou que o CADE: “(...) *pode usar de discricionariedade na fixação da multa, não sendo necessária justificativa para impor o limite mínimo previsto na legislação. Contudo, se a pena for estabelecida em patamar superior ao mínimo, deve ser motivada (...)*”²⁰³. O raciocínio veiculado seria o seguinte: ou o CADE fixa a multa no valor mínimo previsto (e aí residiria a sua suposta discricionariedade), ou a fixa em patamar superior, desde que de forma motivada.

A contradição consiste no fato de que, se o CADE só pode impor o limite mínimo previsto na legislação (1% na Lei 8.884/94 e 0,1% na Lei 12.529/2011), então ele não tem discricionariedade para fixar o patamar das multas. Isso porque se reputa inadequado sustentar que existe algum tipo de discricionariedade no simples fato de fixar a multa²⁰⁴: a aplicação da

²⁰³ Cf. relatório e voto do acórdão na Apelação n.º 2004.34.00.013282-7 – TRF1 (fl. 3/4).

²⁰⁴ Ainda que se entenda que o CADE possui discricionariedade para celebrar o Termo de Compromisso de Cessação (art. 85 da Lei 12.529/2011), essa alternativa não exonera o infrator da obrigação de pagar um valor pecuniário, que também deverá respeitar o mínimo da vantagem auferida do art. 37 (cf. §2º do art. 85). Ou seja, o CADE possui discricionariedade somente para: (i) aplicar unilateralmente a multa (no fim do processo administrativo) ou (ii) firmar (de forma consensual) o TCC, do qual constará a obrigação do representado de recolher um valor pecuniário pela prática da infração. Nos dois casos, o CADE não poderá eximir o suposto infrator do recolhimento de uma multa pela prática da infração. Constatada a prática do ilícito, é dever do CADE investigar e sancionar. Portanto, reputa-se que a aplicação da penalidade (independentemente do modo) é vinculada.

penalidade no mínimo legal é consequência automática da infração – inclusive na celebração de TCC (art. 85, §2º da Lei 12.529/2011), que está vinculada ao enquadramento da conduta no art. 36 da Lei 12.529/2011 (antigos arts. 20 e 21 da Lei 8.884).

Adiante, o relator julga necessária a redução proporcional da multa de 5% para 2,85% (3/7) do faturamento, alterando seu valor de R\$ 24 milhões para R\$13,68 milhões. No entanto, em nenhuma parte do voto houve menção à vantagem auferida pelo infrator, apesar da imposição legal veiculada no art. 23, inc. I da Lei 8.884/94²⁰⁵. Vale recordar que o cálculo mais conservador da vantagem auferida nesse caso, feito pelos Conselheiros no PA, tinha resultado no valor de R\$ 17,9 milhões²⁰⁶.

Isso configura a 2ª contradição da decisão: ao revisar os critérios aplicados pelo CADE, o julgador ignorou a determinação mais cogente e obrigatória na fixação das multas²⁰⁷: *a multa nunca será inferior à vantagem auferida*. Portanto, ao reduzir a multa para patamar inferior à vantagem auferida estimada, o julgador inadvertidamente proferiu uma decisão ilegal, passível de ação rescisória (art. 966, inc. V do CPC/15). Ainda que se entenda que o Judiciário não estaria vinculado à estimativa do CADE, haveria necessidade ao menos da realização de uma perícia com a finalidade de aferir os lucros obtidos (vantagem auferida pelo infrator).

Além disso, vale destacar que o relator: (i) ignorou que a agravante da má-fé em cartéis tem sido aplicada pela jurisprudência antitruste independentemente de comprovação cabal²⁰⁸; (ii) adotou o não recomendado método do direito penal ao reduzir a penalidade proporcionalmente²⁰⁹.

A 3ª (e talvez mais perniciosa) contradição reside no fato de que a própria decisão: (i) não teceu maiores considerações sobre os motivos pelos quais os parâmetros teriam sido equivocadamente considerados pelo CADE (limitando-se a afirmar a sua não demonstração); (ii) deixou de fundamentar o afastamento de uma das agravantes (inc. III do art. 27 da Lei 8.884 – vantagem auferida ou pretendida pelo infrator).

Em suma, além de a revisão judicial ter ensejado a redução da multa para valor inferior à vantagem auferida estimada (violando o art. 23, inc. I da Lei 8.884/94 – atual art. 37,

²⁰⁵ Mantida no atual art. 37, inc. I da Lei 12.529/2011.

²⁰⁶ Como essa vantagem mínima auferida foi desconsiderada pela decisão, podemos supor que a revisão judicial viabilizou um lucro de R\$ 4,22 milhões para a empresa infratora.

²⁰⁷ Cf. capítulo 2.6 do presente trabalho, que analisa especificamente o art. 37 da Lei 12.529/2011.

²⁰⁸ Cf. capítulo 2.6.4 do presente trabalho, que analisa especificamente esse critério.

²⁰⁹ O perigo na adoção dessa orientação foi indicado no capítulo 2.6.2 do presente trabalho (com base na doutrina de Ronaldo Porto Macedo Júnior, Gesner de Oliveira e João Grandino Rodas), justamente por acabar levando à desconsideração dos danos causados, violando a essência do direito antitruste.

inc. I da Lei 12.529) e ter substituído o CADE na avaliação dos critérios do art. 27 (atuação rechaçada pela doutrina mais avançada), careceu de fundamentação ao não indicar os supostos erros de avaliação cometidos pelos Conselheiros do CADE.

7.2. CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO DE APELAÇÃO DA AÇÃO CAUTELAR DA COSIPA N.º 2000.34.00.020484-5 (“CARTEL DOS AÇOS PLANOS”)

O acórdão de apelação do TRF1 da ação cautelar da COSIPA n.º 2000.34.00.020484-5 (v. capítulo 4.2.2.6) contém uma contradição em razão da divergência entre os julgadores. No julgamento da apelação, um dos Desembargadores proferiu voto diametralmente oposto ao dos outros dois que integravam o quórum: enquanto o primeiro sustentou que a multa de 1% do faturamento da COSIPA (no valor histórico de R\$ 13,15 milhões) deveria ser suspensa sem caução porque poderia comprometer a continuidade das atividades da empresa, os outros dois divergiram ao destacar que esse valor só era vultoso em termos absolutos, pois em termos relativos era de pequena monta (o faturamento da empresa era de aprox. R\$ 1,3 bilhões).

Essa discrepância na percepção da dimensão das multas aplicadas revela a dificuldade dos juízes (e da revisão judicial em geral) para lidar adequadamente com um tipo de penalidade que é predominante no direito concorrencial: multas fixadas em percentuais sobre faturamento bruto (que atingem cifras elevadíssimas).

7.3. CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO DE APELAÇÃO DA AÇÃO ANULATÓRIA DA DR-NET E BTV NO “CARTEL DE TV POR ASSINATURA NO MUNICÍPIO DE BLUMENAU/SC”

O voto do relator no acórdão de apelação da ação anulatória n.º 2005.34.00.030540-3 (TRF1) da DR-NET e BTV (v. capítulo 4.2.7.2) também contém uma contradição.

Um dos motivos veiculados no voto para anulação da multa foi a posterior aprovação do ato de concentração envolvendo a mesma operação que ensejou a condenação por cartel. Segundo o relator, isso teria revelado o equívoco da premissa que fundamentou a condenação das empresas, uma vez que o próprio CADE não teria constatado efeitos lesivos ao mercado.

Não obstante, é evidente que seria juridicamente viável ter ocorrido cartel (em razão da atuação conjunta das empresas sem prévia autorização), e em momento posterior o ato de concentração ter sido aprovado (em face da alteração na configuração do mercado²¹⁰).

²¹⁰ Cf. a manifestação do CADE nesse processo: “a posterior aprovação do ato de concentração em referência não teria o condão de afastar a natureza ilícita daquela operação, na época em que foi realizada, eis que cometida de modo diverso e em marco temporal e condições concorrenciais absolutamente distintas” (Cf. relatório e voto do acórdão da Apelação Cível n.º 2005.34.00.030540-3 – TRF1, fl. 4/10).

Logo, a contradição reside no fato de o julgador não ter considerado que o mérito das duas análises (ainda que sobre uma mesma conduta) não se confunde: a condenação por infração à ordem econômica (controle repressivo) é independente da aprovação ou rejeição de um ato de concentração (controle preventivo).

8. CONCLUSÃO

Este trabalho, orientado pela análise dos casos das maiores e mais emblemáticas multas aplicadas aos cartéis selecionados, revelou que o Judiciário brasileiro tem exercido uma revisão judicial arrojada e ampla, principalmente para assegurar o respeito às garantias e direitos fundamentais ligados ao princípio do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV da CF).

Fazendo um cotejo com as posições da doutrina a respeito da revisão judicial ampla e restrita das multas aplicadas aos cartéis, constatou-se que a revisão judicial brasileira se aproxima da primeira orientação (ampla), pelos seguintes motivos: (i) o Judiciário brasileiro já atuou de forma impactante e ousada na anulação de 2 casos paradigmáticos (“Cartel dos Gases” e “Cartel dos Genéricos”), um deles envolvendo a maior multa aplicada pelo CADE até o momento (no valor de 2,33 bilhões de reais); (ii) quase todos os pedidos formulados perante o Judiciário pelos agentes condenados pelo CADE foram analisados e apreciados (não tendo ocorrido qualquer restrição prévia de admissibilidade); (iii) a maioria das decisões rejeitou a ideia de que existe uma discricionariedade reservada ao CADE; (iv) o Judiciário tende a ter a última palavra sobre as condenações e validade das multas aplicadas; (v) nenhuma decisão veiculou o entendimento de que haveria restrições à análise de temas econômicos complexos por parte dos juízes.

Identificou-se também que as decisões abordadas não analisaram e nem se debruçaram de forma mais aprofundada sobre os seguintes limites à revisão judicial²¹¹, extraídos da experiência antitruste estrangeira: (i) necessidade de deterrência das multas e (ii) respeito ao desenvolvimento de uma política concorrencial específica pela autoridade antitruste. Ademais, ao contrário do que se poderia imaginar inicialmente, o argumento da necessidade de razoabilidade e proporcionalidade das multas por si só não foi suficiente para que os juízes reavaliassem as sanções pecuniárias aplicadas.

Afirma-se usualmente que a maior parte dos precedentes em ações anulatórias impugnando decisões do CADE se limita a rever questões procedimentais, não invadindo a

²¹¹ Cf. capítulo 3, subcapítulo 3.5 do presente trabalho.

seara do mérito²¹². No entanto, analisamos 2 casos simbólicos em que a revisão judicial indicou o contrário: “Cartel dos Genéricos” e “Cartel de TV por Assinatura no Município de Blumenau/SC”. Nesses 2 casos, o Judiciário tratou de questões eminentemente de mérito.

Se em uma perspectiva quantitativa é razoável afirmar que a revisão judicial das multas é contida, restrita ou pouco expressiva, a análise qualitativa (incluindo os casos de maior repercussão) revela que o Judiciário não tem nenhum tipo de timidez ou ressalva ao anular ou revisar as multas de valores vultosos. Ao contrário, sua atuação tem sido ampla e extensiva, principalmente quando se discute a violação de garantias relativas ao devido processo legal (contraditório e ampla defesa) e à utilização e aproveitamento de provas ilícitas.

No entanto, se por um lado as revisões judiciais que resultaram na anulação das multas foram alicerçadas em garantias constitucionais, por outro lado a única decisão (revisão judicial) que reavaliou os critérios para fixação das multas (caso do “Cartel da White Martins”) se revelou inadequada e distanciada dos preceitos que orientam a doutrina antitruste mais avançada.

Por fim, as revisões judiciais que resultaram na manutenção das sanções pecuniárias e demais penalidades no geral se limitaram a consignar a ausência de vícios nos processos administrativos e respectivos fundamentos das condenações, principalmente em razão da abundância de provas produzidas pelo CADE, que comprovaram cabalmente a prática de cartéis *hardcore* (“Cartel dos Aços Planos”; “Cartel dos Vigilantes” e “Cartel das Britas”).

Independentemente da perspectiva que se adote, é inegável que a revisão judicial tem impactado drasticamente na aplicação das multas e que essa circunstância atinge diretamente a política antitruste que vem sendo traçada e implementada pelo CADE.

Avaliar se esse impacto é positivo ou negativo seria fazer um juízo precoce: o Judiciário ainda terá pela frente inúmeros casos difíceis, aos quais precisará dar uma solução jurídica definitiva primordialmente condizente com as garantias constitucionais. Mas não menos essencial que isso será uma revisão judicial deferente com as funções e competências reservadas ao CADE. A autoridade antitruste brasileira e o Judiciário precisam estar atentos, pois é essa salutar deferência que muitas vezes tem sido suprimida por decisões judiciais

²¹² LORENCINI, Bruno César. Cit., p. 178: “a maior parte dos precedentes jurisprudenciais envolvendo ações anulatórias de decisões do CADE tem se limitado à revisão de questões procedimentais, não invadindo a seara do mérito”. No mesmo sentido, mas de forma mais genérica: “As decisões do Judiciário sobre o direito antitruste são escassas e a maioria restringe-se às questões procedimentais, (...)” (MAYER, Giovanna. O direito antitruste brasileiro e o papel do Poder Judiciário. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, out./dez. 2012, p. 5).

-Em sentido contrário: “ao contrário do que poderia se imaginar, o Judiciário não se esquiva da análise do mérito das decisões do Cade (...)” (FIDELIS, Andressa Lin. Cit., p. 444).

carentes de fundamentação e que usurpam a competência privativa do CADE na fixação das multas.

É possível cogitar em algumas alternativas para aperfeiçoamento da revisão judicial das multas aplicadas aos cartéis, que envolvem: (i) eventual modificação legislativa para criação de ações e procedimentos que viabilizem o controle judicial e ao mesmo tempo assegurem a fixação da multa pelo próprio CADE, com mecanismos como a devolução da questão à agência antitruste para prolação de novo julgamento; (ii) maior qualificação dos juízes e aperfeiçoamento na matéria, através de estudos das questões concorrenciais; (iii) maior zelo e diligência por parte do CADE na condução e instrução dos processos administrativos instaurados para punição das infrações econômicas (principalmente cartéis).

Não obstante, essas medidas demandam tempo e reformas estruturais, que não serão alcançadas em curto prazo.

Portanto, até lá o Poder Judiciário precisa estar cada vez mais disposto a reduzir o que Eduardo Jordão (2016) chamou de “instabilidade regulatória”²¹³, respeitando as complexidades inerentes à política de repressão antitruste.

Em suma, deve-se evitar que a posição do Judiciário e a atuação naturalmente estratégica dos agentes econômicos resultem em aumento dos atos colusivos, tendo em vista que os *players* podem estar confiantes de que a fragilidade das decisões da autoridade antitruste perante os juízes mitigará a instabilidade do cartel, ao reduzir o risco de uma punição efetiva.

²¹³ “O fato é que com a incidência do controle judicial a coerência desta política regulatória pode ser ameaçada. O problema é que a intervenção judicial se realiza num momento posterior ao da tomada destas decisões preliminares. Além disso, (...) as questões regulatórias chegam ao Judiciário de forma segmentada e incompleta. Estas circunstâncias são extremamente relevantes. Se os tribunais não se contentarem com a aplicação de uma verificação da razoabilidade das decisões administrativas, então, é possível que o controle da ‘correção’ de uma avaliação antitruste ignore estas decisões preliminares da autoridade administrativa, gerando uma incoerência regulatória. Sob o pretexto da ‘aplicação da legislação’, os tribunais podem simplesmente desconsiderar estas complexidades que lhes são subjacentes e impor suas próprias opções.” (JORDÃO, Eduardo. Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 154-155).

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

9.1. Doutrina:

AGUIAR, Jean Menezes de. Rechaço à judicialização das decisões do Cade. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (orgs.). **Desafios atuais do direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2008.

ALMEIDA, Fabricio Antonio Cardim de (org.). **Revisão Judicial das Decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE): pesquisa empírica e aplicada sobre os casos julgados pelos Tribunais Regionais Federais (TRFs), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF)**. Sociedade Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ALMEIDA, José Gabriel de Assis. A efetividade do direito da concorrência. **Revista do IBRAC**, vol. 15. n. 4, São Paulo, 2008.

ANDERS, Eduardo C.; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (coord.). **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

ARAÚJO, Mariana T. de.; CHEDE, Marcio B. Repressão a cartéis em múltiplas jurisdições. In: MARTINEZ, Ana Paula (Org.). **Temas atuais de Direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2012, p. 223-242.

BAYE, Michael R.; WRIGHT, Joshua D. Is Antitrust Too Complicated for Generalist Judges? The Impact of Economic Complexity & Judicial Training on Appeals. **Journal of Law and Economics, Forthcoming: George Mason University Law & Economics Research Paper Series**, nº 09-07, jan. 2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1319888>.

BORGES, Laryssa. Cade tem 82% das condenações contestadas na Justiça. **Terra Notícias**. 02 ago. 2009. Disponível em: <https://economia.terra.com.br/cade-tem-82-das-condenacoes-contestadas-na-justica,418717a7adc4b310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>.

BOTTA, Marco. The Judiciary and the enforcement of competition law in the emerging economies. Case study on Brazil. **Revista do IBRAC**, vol. 16. n. 2. São Paulo, 2009.

BREYER, Stephen. Economic Reasoning and Judicial Review. **The Economic Journal**. Royal Economic Society, vol. 119, n.º 535, feb. 2009, pp. F123-F135. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/20485314>.

CAMESASCA, Peter D. et al. **Cartel Appeals to the Court of Justice: The Song of the Sirens?** Oxford University Press: *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013.

CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius M. de.; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo C. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação e Direito Concorrencial: as Telecomunicações**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

FARACO, Alexandre Ditzel; MARTINEZ, Ana Paula; JASPER, Eric Hadmann. Sanções não pecuniárias por infrações contra a ordem econômica. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 9-40, abr./jun. 2014.

FORTES, Flávia T. A Judicialização da Defesa da Concorrência. **Revista do IBRAC**. São Paulo, vol. 15/2007, jan. 2007, p. 39–61.

DONIEC, Adam; BARAN, Mariusz. EU Courts' Jurisdiction over and Review of Decisions Imposing Fines in EU Competition Law. **Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies**. 2010, vol. 3(3).

FARINA, Laércio N.; FARINA, Fernanda M. Q. Revisão Judicial do Mérito nas Decisões do CADE. In: MENDONÇA, Elvino de C.; GOMES, Fábio Luiz; MENDONÇA, Rachel P. A. (Org.). **Compêndio de Direito da Concorrência: Temas de Fronteira**. São Paulo: Ed. Migalhas, 2015.

FERRARI, Eduardo R.; CUSCIANO, Dalton T. A multa administrativa antitruste e a sua natureza de confisco pessoal. **Revista do IBRAC**. São Paulo, vol. 16/2009, jan. 2009, p. 273-288.

FIDELIS, Andressa Lin. A revisão judicial das decisões do CADE. O mérito do ato administrativo e a efetividade da política antitruste. **Revista do IBRAC**, São Paulo, vol. 20/2011, jul./dez. 2011, p. 427-468.

FONSECA, João Bosco L. da. **Lei de proteção da concorrência (Comentários à Legislação Antitruste)**. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 2007.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FOX, Justin; STEPHENSON, Matthew C. Judicial Review and Democratic Failure. **Harvard Public & Legal Theory Working Paper Series**, nº 09-47, ago. 2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1458632> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1458632>

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **A lei antitruste brasileira e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE: alguns aspectos**. Brasília: R. inf. legisl., a. 22, n. 88, out/dez de 1985.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; GABAN, Eduardo Molan. **O Cade e a justiça: preocupação real?** 2008. Disponível em: http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/3/30/José_Inácio.doc

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Roteiro do processo penal-econômico na legislação de concorrência. **Revista do IBRAC**. São Paulo, vol. 5/1998, jan. 1998, p. 7–70.

GABAN, Eduardo M.; DOMINGUES, Juliana O. **Direito antitruste**. São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 2012.

GABAN, Eduardo M.; DOMINGUES, Juliana O. **Direito antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GERADIN, Damien; PETIT, Nicolas. Judicial Review of Competition Law: a View from the European Union. In: MARTINEZ, Ana Paula (Org.). **Temas atuais de Direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2012, p. 463-488.

GERADIN, Damien. **The EU Competition Law Fining System: a reassessment**. Discussion Paper, Tilburg Law and Economics Center, October 2011.

GICO JUNIOR., Ivo T. **Cartel – Teoria Unificada da Colusão**. São Paulo: Lex, 2007.

GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 2000, fls. 148-149.

JAEGER, Marc. The Standard of Review in Competition Cases Involving Complex Economic Assessments: Towards the Marginalisation of the Marginal Review? **Journal of European Competition Law & Practice**. Oxford University Press, 2011, Vol. 2, No. 4, p. 295-313.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 11ª ed., 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 590.

KLEIN, Christopher C. The Economics Of Sham Litigation: Theory, Cases, and Policy. Bureau of Economics Staff - Report to the Federal Trade Commission, April 1989. Disponível em: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/economics-sham-litigation-theory-cases-and-policy/232158_0.pdf.

LANDE, Robert H.; MARVEL, Howard P. The Three Types of Collusion: Fixing Prices, Rivals, and Rules. **Wisconsin Law Review**, Vol. 2000, n. 941, 2000. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1134820>.

LORENCINI, Bruno César. A relação entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o Poder Judiciário. In: PINTO, Felipe C. de Souza; MENEZES, Daniel Francisco N. (Org.). **O CADE e a efetividade de suas decisões**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 170-185.

LOYOLA, Gustavo. **Mais um ano perdido**. Valor, 04 jan. 2016. Disponível em: <http://www.valor.com.br/opiniaio/4375864/mais-um-ano-perdido>.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. O Caso White Martins e a Questão da Imposição de Multas no Direito Antitruste Brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**.

Belo Horizonte, n. 5, ano 2, jan./mar. de 2004. Disponível em:
<<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12760>>.

MAYER, Giovanna. O direito antitruste brasileiro e o papel do Poder Judiciário. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, out./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=83516>>.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2005.

NUSDEO, Fábio; SALOMÃO FILHO, Calixto; FERRAZ JUNIOR, Tercio S. (Org.). **Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção**. Barueri: Editora Manole, 2009, p. 76.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **Controle Judicial das Decisões do CADE**. Dissertação de Mestrado (Orientador Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca). Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2000, p. 74. Disponível em:
http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-965PKA/disserta_o_amanda_fl_vio_de_oliveira.pdf?sequence=1.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed. rev. e atual., 2013.

ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICOS (OCDE). **Fighting hard core cartels in Latin America and the Caribbean**, 2005. Disponível em:
<http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38835329.pdf>.

ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICOS (OCDE). **Fighting Hard Core Cartels; Harm, Effective Sanctions and Leniency Programs**, 2002.

ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICOS (OCDE). BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. **Lei e Política de Concorrência no Brasil: Uma revisão pelos pares (tradução não oficial)**. 2005.

ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICOS (OCDE). BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. **Lei e Política de Concorrência no Brasil: Uma revisão pelos pares (tradução não oficial)**. 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed. rev., atual. e ampl., 2005.

OSTI, Cristoforo. The italian way to antitrust judicial review: a few oddities of the Pfizer case. **Rivista Italiana di Antitrust: short articles**, n. 3, 2014, p. 115-132.

PAGOTTO, Leopoldo; ALVES, Kathleen Karen. Aspectos relevantes da revisão judicial da decisão do CADE contra o cartel dos genéricos. **Revista do IBRAC**, São Paulo, vol. 21/2012, p. 471-517, jan./jun. 2012.

PAZ, José Carlos L. de. **Judicial Review in European Competition Law**. Disponível em:
https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/judicial_review_in_european_competition_law.pdf.

PAZ, José Carlos L. de. Understanding the limits of judicial review in European competition law. **Journal of Antitrust Enforcement**, Vol. 2, No. 1 (2014), pp. 203–224.

PEREIRA, Fabio Queiroz. Judicialização das lides concorrenciais no Brasil: limites e possibilidade. **Revista do IBRAC**, vol. 14. n. 2. São Paulo, 2007.

PEREIRA DA SILVA, Vasco M. P. D. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1998, fls. 8-145.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>.

SALOMÃO FILHO, Calixto. A Paralisia do Antitruste. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 16, jan. 2009, p. 305-323.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as Condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos)**. 2ª ed, revist e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

SANTIAGO, Luciano S. **Direito da Concorrência: Doutrina e Jurisprudência**. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

SCHWEITZER, Heike. Judicial Review in EU Competition Law. In: GERADIN, Damien; LIANOS, Ioannis (eds.). **Research Handbook on EU Antitrust Law**. Edward Elgar Publishing, Forthcoming, August 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2129147>.

SERENS, Manuel C. N. As Pools e os Trusts nos EUA. In: _____. **A Monopolização da Concorrência e a (re-) emergência da Tutela da Marca**. Editora Almedina: 2007, cap. II, p. 310-470.

SETTI, Rennan. **Brasil repete década perdida de 1980 e já vive ‘depressão’, diz economista**. O Globo, 01 jun. 2016. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/brasil-repete-decada-perdida-de-1980-ja-vive-depressao-diz-economista-19414899>.

SMUDA, Florian. **Cartel Overcharges and the Deterrent Effect of EU Competition Law**. ZEW - Centre for European Economic Research, Discussion Paper No. 12-050, 2012. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2118566>.

TAUFICK, Roberto D. **Nova Lei Antitruste Brasileira – A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TEIXEIRA, José Elaeres M. Controle Judicial das Decisões do CADE. **Revista do IBRAC**. São Paulo, vol. 12/2005, jan. 2005, p. 173–188.

UNIÃO EUROPEIA. **Versão consolidada do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**. Jornal Oficial n.º C 326 de 26/10/2012, p. 0001 – 0390. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=PT>.

UNIÃO 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**. Jornal Oficial n.º C 210/2 de 01/09/2006. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52006XC0901\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52006XC0901(01)&from=EN).

WRIGHT, Joshua D.; DIVELEY, Angela M. Do expert agencies outperform generalist judges? Some preliminary evidence from the Federal Trade Commission. **Journal of Antitrust Enforcement**, (2012), p. 1–22. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1990034.

WRIGHT, Joshua D.; BAYE, Michael R. Is antitrust too complicated for Generalist judges? The impact of economic complexity & Judicial training on appeals. **Journal of Law & Economics, Forthcoming**. George Mason University Law and Economics: Research Paper Series, 09-07. Disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=1319888.

9.2. Jurisprudência (somente acórdãos)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp 1436903/DF, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 04/02/2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 956.943/PR, Rel. Min. Nancy Andrichi, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 01/12/2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 615.628/DF, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 04/05/2011.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Apelação Cível n.º 2003.34.00.019038-3. Des. SOUZA PRUDENTE. Quinta Turma. Julgado em 11/05/2016.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Apelação Cível n.º 2005.34.00.030540-3. Des. SOUZA PRUDENTE. Quinta Turma. Julgado em 27/04/2016.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Apelação Cível n.º 2008.34.00.003133-0; 2007.34.00.043978-7; 2007.34.00.043979-0; 2007.34.00.043980-0; 2007.34.00.043998-2; 2007.34.00.044314-6; 2007.34.00.044419-6; 2008.34.00.000495-7; 2008.34.00.000496-0; 2008.34.00.000497-4; 2008.34.00.000638-5; 2008.34.00.000639-9; 2008.34.00.001801-6; 2008.34.00.001805-0; 2008.34.00.001816-7; 2008.34.00.002628-4; 2008.34.00.003138-9; 2008.34.00.003164-2; 2008.34.00.008656-0. Des. KASSIO NUNES MARQUES. Sexta Turma. Julgados em 30/03/2015.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Apelação Cível n.º 0051179-4.2010.4.01.3400. Des. SELENE ALMEIDA. Quinta Turma. Julgado em 02/10/2013.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Apelação Cível n.º 2004.34.00.013282-7. Juiz relator convocado RODRIGO NAVARRO DE OLIVEIRA. Quarta Turma Suplementar. Julgado em 18/09/2012. Decisões disponíveis em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=200434000132827&pA=200434000132827&pN=132516620044013400>>.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Apelação Cível n.º 2002.34.00.003637-2. Des. MARIA ISABEL GALLOTTI RODRIGUES. Sexta Turma. Julgado em 28/06/2010.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Apelação Cível n.º 2000.34.00.025254-8; 2000.34.00.000088-4; 2000.34.00.000087-1; 2000.34.00.020484-5; 1999.34.00.037585-0. Des. MARIA ISABEL GALLOTTI RODRIGUES. Sexta Turma. Julgado em 14/06/2010.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Apelação Cível n.º 2000.34.00.020484-5. Des. LUCIANO TOLENTINO AMARAL. Sétima Turma. Julgado em 23/03/2004.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Apelação Cível n.º 5006908-93.2011.404.7100. Des. rel. FERNANDO QUADROS DA SILVA. Terceira Turma. Julgado em 21/05/2014.

9.3. Publicações oficiais do CADE

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Combate a cartéis e programa de leniência**. Brasília: Publicação Oficial, 3ª ed., 2009. Disponível em: http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE_CADE.pdf.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. **Relatório de gestão do exercício de 2015**. Brasília: março de 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/2015/relatorio-de-gestao-2015-final.pdf>.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. **Relatório de gestão do exercício de 2007**. Brasília: março de 2008, p. 70. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/2007/relatorio_gestao_2007_200508.pdf.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Guia prático do Cade: a defesa da concorrência no Brasil**. 3. Ed, rev. e ampl. São Paulo: CIEE, 2007. Disponível em: http://www.cade.gov.br/publicacoes/guia_cade_3d_100108.pdf.