



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

Vitor Gonçalves Damasio

**Adoção do Sobrepreço pelo CADE: Análise crítica da jurisprudência
recente**

BRASÍLIA – DF

2022

Vitor Gonçalves Damasio

Adoção do Sobrepreço pelo CADE: Análise crítica da jurisprudência recente

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes

Brasília – DF

2022

Autorizo a reprodução e a divulgação total ou parcial deste trabalho, por meio de qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Nome: Damasio, Vitor Gonçalves

Título: Adoção do Sobrepreço pelo CADE: Análise crítica da jurisprudência recente

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

Data de apresentação:

Resultado: _____.

Banca examinadora

Orientador

Examinadora 1

Examinadora 2

Suplente

Agradecimentos

Esse trabalho foi concluído apenas com a ajuda de várias pessoas que me ajudaram a encontrar a motivação onde não existia e a superar a minha interminável melancolia e pessimismo.

Primeiramente, agradeço ao professor Othon de Azevedo Lopes, pela paciência, disposição e tranquilidade com que me ajudou a escrever essa monografia, a quem parabeno pelo resultado e pela excelência com que realizou seu trabalho de orientador.

Agradeço aos meus pais, Cátia Regina Gonçalves e Deosimar Antônio Damasio, que sempre me apoiaram em todas as decisões da minha vida, mesmo que as vezes de a contragosto, e sempre foram uma inspiração tanto acadêmica quanto para a vida. A minha irmã, Júlia Damasio, por ser a pessoa com quem eu compartilho as coisas da minha vida e por sempre me dar o puxão de orelha necessário para eu superar meus dramas.

Agradeço também Isaac Simas e Alexandre Teixeira, por me aturarem mesmo eu sendo um péssimo companheiro de apartamento e por entenderem quando eu preciso de companhia ou de paz na minha vida.

À Michelle Schonarth, agradeço por sempre tentar me alegrar e mostrar que tudo dá certo no final.

Agradeço à Marcela Medved, minha companheira de luta, por sempre me ajudar nesse momento final de curso, mesmo quando eu não merecia.

Aos outros amigos e amigas, por sempre me fornecerem distrações e conselhos. Não vou nomeá-los um por um porque esses agradecimentos já estão grandes e eu estou com preguiça.

Aos meus companheiros de escritório, que me ensinaram a importância do trabalho em equipe, me motivaram e me motivam a seguir essa carreira e que dão sentido a minha trajetória profissional.

Por fim agradeço, as examinadoras Amanda Flávio e Lorena Nisiyama, por concordarem com entusiasmo e prontidão o convite para avaliar este trabalho.

Damasio, Vitor Gonçalves. Adoção do Sobrepreço pelo CADE: Análise crítica da jurisprudência recente. Monografia (Graduação em Direito), Universidade de Brasília – UnB: 2022.

RESUMO

Esse estudo destina-se a analisar de maneira crítica os a jurisprudência recente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) sobre a aplicação da vantagem auferida como piso das multas aplicadas à cartéis, dispostas na Lei 12.529/11r. A metodologia empregada envolve elucidação teórica, normativa e principiológica sobre os assuntos pertinentes, bem como realiza uma análise dos argumentos e da dosimetria utilizadas nos cinco casos em que esse novo parâmetro foi usado. Observou-se que o uso desse piso legal pelo CADE teve como principal motivação garantir a legalidade e o caráter dissuasório de suas decisões, mas ao fazer isso, relativizou a necessidade de também atender os princípios da proporcionalidade, isonomia e segurança jurídica.

Palavras-chaves: Direito Concorrencial; Conselho Administrativo de Defesa Econômica; Lei 12.529/11; cartel em licitação; vantagem auferida.

SUMÁRIO

1. Introdução	1
2. Definição e classificação da conduta de cartel e o padrão probatório usado em sua repressão	9
3. Dosimetria das multas aplicadas na penalização das infrações contra a ordem econômica, conforme a Lei nº 12.529/2011	18
3.1. Vantagem auferida na Lei nº 12.529/11	24
4. Alteração jurisprudencial do CADE: Adoção da vantagem auferida ..	30
4.1. Processo Administrativo nº 08012.009732/2008-01	31
4.2. Processo Administrativo nº 08700.000066/2016-90	34
4.3. Processo Administrativo nº 08012.010022/2008-16	39
4.4. Processo Administrativo 08700.008612/2012-15	41
4.5. Processo Administrativo 08700.004455/2016-94	44
4.6. Conclusão sobre a análise dos processos administrativos.....	45
5. Considerações Finais.....	48
6. Referências Bibliográficas.....	51

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 estruturou o chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e redefiniu a legislação de prevenção e repressão administrativa às infrações contra a ordem econômica.

Na discussão dessa lei, buscando garantir o caráter dissuasório das multas previstas na lei, o legislador entendeu necessário dispor que a multa aplicada às empresas que praticaram infração à ordem econômica nunca pode ser “inferior vantagem auferida, quando for possível sua estimação”.

Nesses 10 anos da Lei nº 12.529/11, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica vem tentando adotar esse mínimo legal sem sucesso, devido divergências em relação a definição precisa do tema na doutrina e na literatura econômica, além de dificuldades de estabelecer um método preciso de cálculo dessa vantagem.

Dessa forma, as decisões anteriores do Tribunal do CADE não usavam a vantagem auferida no cálculo da multa, devido a necessidade de garantir a segurança jurídica, optando por usar apenas os parâmetros mais objetivos e definidos da lei para o cálculo da multa.

Entretanto, em cinco decisões ocorridas em 2020 e 2021, Tribunal do CADE adotou e tem adotado a vantagem auferida como mínimo legal para o cálculo das multas de empresas condenadas pela infração de cartel, mais especificamente, de cartel em licitação.

Tendo em vista essa alteração de entendimento, esse estudo busca analisar de maneira crítica essas cinco decisões do CADE em que foi adotada a estimação da vantagem auferida como piso da multa para as empresas infratoras, conforme o art. 37, I da Lei 12.529/11. Isso por meio de uma elucidação teórica e normativa sobre os conceitos e princípios pertinentes a prevenção e penalização de da conduta de cartel e da análise crítica dos cinco casos recentes levando em conta os conceitos e princípios trabalhados.

O tema é relevante porque a adoção recente pelo Tribunal do CADE desse critério estabelecido na lei nº 12.529/11 alterou significativamente os valores das multas das administradas e pode impactar as futuras condenações da autarquia. Ademais, multas impostas, principalmente aquelas pela Administração, devem ser sempre analisadas em luz dos princípios do Direito Administrativo Sancionador, como, por exemplo, o da segurança jurídica e da razoabilidade. Assim, essa monografia justifica-se por buscar contribuir para o debate acadêmico sobre questão importante e atual para o direito concorrencial brasileiro.

Para cumprir o objetivo mencionado, a monografia se divide em três capítulos. Os dois primeiros buscam discutir questões teóricas, dogmáticas e normativas sobre o tema pesquisado. O Capítulo 1 trata, em resumo, da definição e classificação da conduta de cartel, de sua tipificação legal, além do padrão probatório utilizado para o seu julgamento e como é feita a análise dessas provas.

Por sua vez, o Capítulo 2 destina-se a tratar da dosimetria das multas aplicadas na penalização das infrações contra a ordem econômica, mais especificamente da conduta de cartel, e o que o CADE deve respeitar e considerar ao aplicar as sanções administrativas.

O Capítulo 3 parte das considerações anteriores para analisar os cinco casos julgados do Conselho Administrativo de Defesa Econômica em que foi aplicada a vantagem auferida na dosimetria das multas de cartel. Descreve, ainda, a metodologia para a seleção dos cinco casos e analisa se é possível extrair uma regra comum para a aplicação e estimação da vantagem auferida. Por fim, nas considerações finais, há a apresentação e discussão dos resultados da análise dos casos e quais princípios constitucionais foram respeitados ou violados nessas cinco decisões.

2. DEFINIÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA DE CARTEL E O PADRÃO PROBATÓRIO USADO EM SUA REPRESSÃO

A infração concorrencial de cartel está tipificada no art. 36, I a IV e §2º alíneas “a” a “d” da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011¹, que a define como acordos, combinações, manipulações ou ajustes entre concorrentes sobre preços, quantidade de produção ou comercialização e divisão ou segmentação de regiões e clientes com o objetivo de restringir ou eliminar a concorrência no mercado.

Ademais, essa conduta também está tipificada na esfera penal no art. 4º, I e II da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990², que define como crime contra a ordem econômica o abuso de poder econômico com o objetivo de dominar o mercado ou eliminar a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo entre empresas como também qualquer acordo, ajuste ou aliança formada entre ofertantes com o objetivo de fixar artificialmente preços ou quantidades vendidas, controlar regiões de mercado ou redes de distribuição.

Portanto, é possível entender que cartel é um acordo entre um grupo de vendedores ou compradores de bens e serviços para tentar eliminar a concorrência, buscando a maximização dos seus lucros, em vez de competirem livremente³. A possibilidade de tais acordos entre competidores é reconhecida

¹ “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.

§ 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;”

² “Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

- I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas;
- II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:
 - a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;
 - b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;.
 - c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.”

³ SANTOS, Flávia Chiquito dos., **Aplicação de penas na repressão a cartéis**: uma análise da jurisprudência do CADE. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 22

desde Adam Smith: “As pessoas do mesmo ofício raramente se encontram, mesmo para festas e diversão, mas a conversação sempre termina numa conspiração contra o público, ou em alguma maquinação para elevar os preços.”⁴.

O Direito da Concorrência tem classificado a conduta de cartel de diversas formas. A primeira classificação tem relação no modo em que a colusão foi feita, se de forma explícita ou tácita⁵. A colusão explícita seria aquela em que haveria provas diretas da existência de um acordo sobre variáveis comercialmente relevantes, por outro lado, a colusão tácita só é identificável através de provas comportamentais indiretas⁶, porquanto a coordenação entre as empresas ocorre sem a existência de um acordo entre elas⁷.

Importante destacar que a mera existência de comportamento comercial paralelo, ou seja, a adoção dos mesmos preços e outras condições entre concorrentes, não é um ilícito concorrencial por si só, podendo ser fruto da racionalidade econômica individual de cada agente⁸.

Assim, a conduta uniformizada seria adotada pela empresa mesmo se ela não fosse seguida pelos demais agentes do mercado e, nesse caso, a identidade de condutas entre concorrentes não seria evidência de acordo. Apenas se existissem fatos adicionais demonstrassem a que a motivação para a conduta está ligada a adoção da mesma conduta pelos concorrentes,⁹ isso é chamado de paralelismo *plus* e já foi usado pelo CADE em julgamentos anteriores¹⁰.

Cartéis também são classificados segundo a sua área de atuação, ou seja, se são limitados apenas ao território nacional ou se englobam múltiplos países. Segundo Connor¹¹, o último tipo também pode ser subdividido em duas subclassificações: cartel internacional, quando detém participantes de duas ou

⁴ SMITH, Adam. **Uma investigação sobre a natureza e causas da riqueza das nações**. 2. ed., São Paulo: Hemus, 1981, p. 93

⁵ SANTOS, Flávia Chiquito dos. Op. cit., p. 22

⁶ SANTOS, Flávia Chiquito dos. Op. cit., p. 22-23

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

⁸ GICO JUNIOR, Ivo T. **Cartel: teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex, 2007, p. 310.

⁹ GICO JUNIOR, Ivo T. Op. cit., p.310

¹⁰ Cf. Processo Administrativo nº 08000.015337/1997-48; Averiguação Preliminar nº 08012.006844/2000-45

¹¹ CONNOR, John M. **Global Antitrust Prosecutions of Modern International Cartels**. Journal of Industry, Competition and Trade. Kluwer Academic Publishers, v. 4, n. 3, p. 239-267, 2004

mais nações, ou cartel global, quando dois ou mais de seus participantes são dos três continentes mais industrializados. A Lei nº 12.529/11 entende que os cartéis internacionais ou globais podem ser julgados pelo CADE desde que produzam ou possam produzir efeitos em todo ou em parte do território nacional¹².

Os cartéis também podem ser classificados quanto a sua gravidade. Cartéis difusos (*soft*) são aqueles que não envolvem acordos para fixar ou combinar variáveis competitivas relevantes, mas tratam apenas de troca de informações sensíveis entre concorrentes¹³. A jurisprudência do CADE entende que cartéis difusos são “um ato de coordenação da ação entre empresas com o objetivo similar ao do cartel clássico, mas de caráter eventual e não institucionalizado.”¹⁴. Já os cartéis *hard-core* ou clássicos são acordos, arranjos ou práticas concertadas anticompetitivas entre concorrentes para fixar as variáveis relevantes (preço e quantidade), fraudar licitações ou dividir o mercado¹⁵.

Flávia Chiquito¹⁶, entende que a classificação quanto à gravidade seria um “tipo principal” de cartel, que poderiam ser enquadrados cumulativamente com “tipos acessórios” que diferenciam os cartéis com base nas variáveis comercialmente sensíveis envolvidas, além de diferenciar em os cartéis em: explícitos ou tácitos; nacionais ou internacionais (já tratados anteriormente nessa monografia); cartéis de compra ou de venda; e cartéis de importação ou de exportação¹⁷. Considerando essa classificação, o cartel em licitação não seria uma categoria em si, mas um tipo específico de cartel de alocação de mercado¹⁸.

Esse subtipo, entretanto, tem adquirido grande relevância para o CADE. Não só foi o foco da mudança do entendimento do Tribunal da autarquia sobre a

¹² “Art. 2º Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.”

¹³ MARTINEZ, Ana Paula. Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. São Paulo: Singular, 2013, p. 18-19.

¹⁴ Cf. voto do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado no Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14.

¹⁵ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Recommendations & Best Practices: Recommendation of the Council Concerning Effective Action against Hard Core Cartels**, 1998.

¹⁶ SANTOS, Flávia Chiquito dos. Op. cit., p. 25.

¹⁷ MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit., p. 18-19

¹⁸ MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit., p. 18-19

dosimetria de suas multas – que será abordada com mais profundidade no Capítulo 3 – mas também foi objeto de dois guias¹⁹ lançados pela autoridade no ano passado. No Guia de Combate a cartéis em licitação, o CADE define cartel em licitação como “conluio entre agentes econômicos com o objetivo de eliminar ou restringir a concorrência dos processos de contratação de bens e serviços pela Administração Pública.²⁰”.

A autoridade pontua ainda que o cartel em licitação seria uma espécie de fraude a licitação, tipo penal mais abrangente, previsto no art. 46 da Lei nº 8.443/1992 e no art. 93 da Lei nº 8.666/1993, que abarca outros tipos de condutas que visam lesar a lisura e incolumidade dos atos e procedimentos públicos. O cartel em licitação se diferencia das outras espécies de fraude a licitação, pois ele lesa, simultaneamente, a integridade dos procedimentos administrativos e o caráter competitivo da licitação, assim sendo também uma infração à ordem econômica, o que atrairia a competência do CADE.²¹

É possível perceber pela variedade de classificações adotadas pela doutrina e pelo CADE que a conduta de cartel é variada, ocorrendo de múltiplas formas. Devido a essa diversidade na implementação da conduta, como também o fato de os participantes da conduta ilícita agirem de forma secreta, as autoridades têm dificuldades de obter provas diretas ou indiretas da conduta²².

Essa dificuldade e as vezes impossibilidade de obtenção de provas diretas robustas e dados econômicos extensos, as autoridades antitruste têm que recorrer a adoção de presunções e indícios em suas investigações de cartéis e

¹⁹ Cade publica Guia de Combate a Cartéis em Licitação. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**, 2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-publica-guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao>>. Acesso em: 22 de abril de 2022; e Cade lança guia prático para auxiliar agentes de contratação a prevenirem e identificarem cartéis em licitações públicas **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**, 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-lanca-guia-pratico-para-auxiliar-agentes-de-contratacao-a-prevenirem-e-identificarem-carteis-em-licitacoes-publicas>>. Acesso em: 22 de abril de 2022.

²⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia de Combate a cartéis em licitação**. Brasília, 2019, p. 11

²¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Op. cit., p. 52-53

²² SANTOS, Flávia Chiquito dos. Op. cit., p. 69

até de outras infrações concorrencias²³, para não reduzir severamente o alcance da aplicação da legislação concorrencial²⁴.

Segundo Ana Frazão “[d]iante da complexidade da análise e da limitação das informações disponíveis, dificilmente será possível comprovar, de maneira inequívoca, os fatos investigados e/ou seus efeitos sobre a livre concorrência”²⁵. Essa dificuldade é ainda mais acentuada pelas múltiplas formas que as práticas empresariais podem assumir, o que torna impossível distinguir em primeira análise o que constitui uma infração à ordem econômica e o que é o curso normal de negócios praticados por agentes econômicos racionais²⁶.

Dessa forma, a mesma conduta pode, muitas vezes, ser explicada de diferentes formas, de modo que a ausência de uma explicação única torna a decisão da autoridade condicionada pela preponderância das evidências apresentadas.²⁷

Porém, mesmo que os métodos de análise econômicas permitissem chegar a um exímio grau de segurança, Frazão²⁸ alerta que os custos envolvidos para a adoção desses métodos e a complexidade do processo decisório os tornariam inadequados para a autoridade antitruste, não apenas pela necessidade de rapidez e eficiência para assegurar a eficácia das decisões da autoridade, mas também pela escassez de recursos disponíveis. Dessa forma, a adoção de presunções e indícios seria a única maneira em que a autoridade conseguiria executar o controle de ilícitos concorrencias, como o cartel²⁹.

Assim, devido à fragilidade das ferramentas analíticas e às lacunas informacionais, o CADE tem que flexibilizar o sistema probatório em suas investigações e julgamentos para poder trabalhar com presunções fáticas e legais decorrente da utilização de prova indiciária³⁰. Essa flexibilização é

²³ MENDES, Francisco Schertel. **O controle de condutas no direito concorrencial brasileiro: características e especificidades**. Data da defesa: 8-5-2013. Dissertação (Mestrado). Universidade de Brasília. Brasília, 2012, p. 54-59

²⁴ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017. P. 294-295

²⁵ FRAZÃO, Ana. Op. cit., p. 295

²⁶ HOVENKAMP, Herbert. **The antitrust enterprise: principles and execution**. Massachusetts: Harvard University Press, 2005, p. 47-48.

²⁷ HOVENKAMP, Herbert. Op. cit., p. 46

²⁸ FRAZÃO, Ana. Op. cit., p. 295

²⁹ FRAZÃO, Ana. Op. cit., p. 295

³⁰ FRAZÃO, Ana. Op. cit., p. 295

permitida ao aplicador da lei quando a prova de certo fato é de difícil obtenção, então ele pode usar a presunção para chegar à conclusão da ocorrência do fato, pela verificação do contexto que o fato investigado normalmente ocorreria³¹.

Logo, o indício não é prova do fato investigado, apesar de ser obtido pelos mesmos meios, mas de uma alegação de fato secundário, capaz conferir credibilidade ao raciocínio em que se embasa os argumentos do julgador³².

O uso de indícios, entretanto, faz com que o CADE tenha uma carga argumentativa acentuada para ser capaz de cumprir as exigências de fundamentação que atendam os princípios constitucionais da culpabilidade, da individualização e da proporcionalidade da pena, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador³³.

Esses princípios constitucionais, apesar de garantias típicas do Direito Penal, devem ser aplicados também ao Direito Administrativo Sancionador já que ambos forma conjuntamente o Direito Punitivo do Estado³⁴.

Para atender essa carga argumentativa, gradações entre os tipos de prova indiciária são criadas, algumas capazes apenas de provocar uma investigação pela autoridade, outras robustas o suficiente para sustentar a condenação. Essas gradações ajudam também a garantir a segurança jurídica das decisões da autoridade³⁵.

A consistência na gradação de provas, principalmente na definição das provas robustas o suficiente para condenação, é uma preocupação evidente da autoridade, tendo em vista que o CADE publicou recentemente um guia³⁶ compilando a jurisprudência do Tribunal da autarquia para exemplificar as provas

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2, p. 293.

³² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 293.

³³ FRAZÃO, Ana. Op. cit.

³⁴ NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. Madrid: Tecnos, 2006. p. 167-168

³⁵ FRAZÃO, Ana. Op. cit., 298

³⁶ Cade lança guia sobre recomendações probatórias para acordos de leniência. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**, 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-lanca-guia-sobre-recomendacoes-probatorias-para-acordos-de-leniencia>>. Acesso em 22 de abril de 2022.

ou o conjunto de provas considerados suficientes para a condenação de um cartel.

Devido a todo o exposto, é indispensável o emprego de provas indiciárias e circunstanciais na investigação e no julgamento de cartéis, e outros ilícitos concorrenciais, quando robustas o suficiente para motivar o convencimento da autoridade³⁷, como já amplamente reconhecido pela jurisprudência do CADE³⁸.

Para desenvolver os mecanismos de investigação capazes de adquirir as provas necessárias, sejam elas diretas ou indiretas, o CADE tem introduzido instrumentos mais sofisticados para detecção e obtenção de provas do cartel, como a busca e apreensão, a interceptação telefônica, o acordo de leniência e o Termo de Compromisso de Cessação (TCC)³⁹.

Primeiramente, o programa de leniência do CADE, espécie de delação premiada do Direito Penal, está previsto no art. 86 da Lei nº 12.529/11⁴⁰, e foi introduzido devido à dificuldade de detecção e persecução dos cartéis sem a cooperação de seus participantes, já mencionada anteriormente⁴¹. Assim, aqueles que queiram delatar o cartel que fizeram parte, e cooperar com o CADE terão em troca a extinção da punibilidade ou redução de um a dois terços da pena, dependendo se o CADE já tinha conhecimento prévio da infração.

A efetividade do programa de leniência do CADE depende da efetividade das penas da autoridade concorrential e do receio de uma investigação independente seja iniciada pela autarquia⁴², uma vez que os delatores têm que entender que o prejuízo de ser condenado pelo CADE é maior do que aquele assumido ao delatar o cartel.

³⁷ FRAZÃO, Ana. Op. cit., p. 298

³⁸ Cf. Processo Administrativo n. 08012.004039/2001-68.

³⁹ SANTOS, Flávia Chiquito dos. Op. cit., p. 70.

⁴⁰ “Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e

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

⁴¹ SANTOS, Flávia Chiquito dos. Op. cit., p. 70

⁴² SANTOS, Flávia Chiquito dos. Op. cit., p. 72

Ademais, o programa contribui diretamente para a punição do ilícito concorrencial delatado, dado que informa a existência da conduta à autarquia, direcionando seus esforços investigativos, e indiretamente contribui para a formulação da pena efetiva, pois o leniente é obrigado a auxiliar com as investigações, o que facilita a dosagem da pena pela autoridade.⁴³

Entretanto a leniência não é a única possibilidade e não substitui os outros meios de obtenção de provas. Outra forma de contribuição de participantes da conduta ao esforço investigativo do CADE é a celebração do Termo de Compromisso de Cessação (TCC), disposto no art. 85 da Lei nº 12.529/11, em que o signatário do TCC contribuiria com a investigação de uma conduta já em andamento em troca da suspensão do processo administrativo perante o CADE e desconto na multa que seria paga em caso de condenação.

Diferentemente do acordo de leniência, o TCC deverá conter reconhecimento da participação na conduta, meio encontrado pelas autoridades para não desvalorizar e comprometer o programa de leniência já em curso⁴⁴.

Por fim, o CADE também celebrou diversos acordos de cooperação com as Polícias Cíveis e Federal e com os Ministérios Públicos Estaduais e Federal para facilitar a obtenção de provas da conduta de cartel. Assim, as provas obtidas em investigações por outros órgãos podem ser compartilhadas rapidamente com o CADE dando maior celeridade as investigações de cartel a autarquia.

Todas essas providências tomadas pelo CADE para aprimorar os seus meios de obtenção de provas e detecção de cartéis contribuíram para melhorar o *enforcement* do CADE em relação aos cartéis. Flávia Chiquito⁴⁵ percebeu que as maiores facilidades para descoberta e obtenção de provas dos cartéis teve um impacto nítido nos percentuais de multa aplicados pelo CADE, devido ao aumento de elementos para condenação e aplicação de penas:

verifica-se nitidamente o reflexo dessa evolução nos percentuais de penas aplicados às condutas anticompetitivas pelo CADE: no fim da década de 1990, era comum a aplicação de multas mínimas (1% do faturamento da empresa); em 2005, as multas alcançaram percentuais de 15% no Cartel das Britas; em 2008,

⁴³ SANTOS, Flávia Chiquito dos. Op. cit., p. 72

⁴⁴ SANTOS, Flávia Chiquito dos. Op. cit., p. 72

⁴⁵ SANTOS, Flávia Chiquito dos. Op. cit., p. 73-74

no Cartel da Areia, chegaram a 22,5%; e, em 2010, a 50% no Cartel dos Gases Industriais (o fator reincidência duplicou o percentual de 25%).

Esse avanço permitiu ao CADE construir uma jurisprudência robusta o suficiente para a autarquia lançar um Guia de Dosimetria de Multas de Cartel⁴⁶, clara tentativa de garantir a segurança jurídica das decisões do seu Tribunal, como também permitiu a autarquia a desenvolver discussões mais sofisticadas sobre os parâmetros legais estabelecidos para as penalidades na Lei nº 12.529/2011.

3. DOSIMETRIA DAS MULTAS APLICADAS NA PENALIZAÇÃO DAS INFRAÇÕES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA, CONFORME A LEI Nº 12.529/2011

O ordenamento jurídico brasileiro prevê três tipos de penas para a repressão de cartes: as penas privativas de liberdade – aplicadas apenas na esfera penal –, as penas de multa e as penas relativas à obrigação de fazer e não fazer. No caso das infrações administrativas tipificadas na Lei nº 12.529/2011, a principal pena é a de multa, embora existam penas acessórias que serão explicadas mais a frente neste capítulo.

É importante ressaltar que a Lei nº 12.5219/2011 trouxe mudanças significativas a estrutura dos órgãos responsáveis pela defesa da concorrência, chamados de Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), e trouxe alterações materiais ao sistema, como mudanças nos artigos que estipulam as sanções aplicáveis às infrações à ordem econômica.

Em seu artigo 37, a lei estipula que na prática de infração da ordem econômica o infrator é sujeito as penas de:

⁴⁶ Cade estende prazo para contribuições à versão preliminar do Guia de Dosimetria de Multas de Cartel. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-estende-prazo-para-contribuicoes-a-versao-preliminar-do-guia-de-dosimetria-de-multas-de-cartel>>. Acesso em 22 de abril de 2022.

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

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

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

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

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

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

O inciso I acima indica que o faturamento bruto usado como base da multa para empresas é aquele “obtido no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração”. Como a lei não estipula o que seria esse “ramo de atividade empresarial”, o CADE expediu uma lista delimitando o ramo de atividade por meio da Resolução nº 3, de 29 de maio de 2012 que contém 144 (cento quarenta e quatro) ramos de atividade.

Ademais, o artigo 45 estabelece que na aplicação das penas estabelecidas a autoridade deve levar em consideração: a gravidade da infração; a boa-fé do infrator; a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; a consumação ou não da infração; a consumação ou não da infração; o grau ou perigo de lesão; os efeitos econômicos negativos produzidos; a situação econômica do infrator; e a reincidência. Esses critérios de dosimetria são idênticos aos da lei anterior.

Por fim, as penas alternativas estão estipuladas no artigo 38:

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

I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;

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

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;

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

V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;

VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e

VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Destaca-se, também, que a lei atual expandiu a responsabilidade pelas infrações para qualquer empresa do grupo econômico da empresa infratora⁴⁷, ademais o artigo 34 introduz a possibilidade de descon sideração da personalidade jurídica das empresas infratoras em caso de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. Além disso, a personalidade jurídica também pode ser descon siderada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Cabe à jurisprudência do CADE delimitar a abrangência dos dispositivos supracitados, tanto expressando os objetivos da buscados por essa autoridade,

⁴⁷ “Art. 33. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica.”

quanto delimitando os elementos que devem ser levados em conta dado a situação do caso julgado⁴⁸.

Especificamente, em relação às penas, essa discricionariedade concedida pela Lei nº 12.529/11 pode servir como estratégia para definir os fins dissuasórios, pois permite à autoridade ampliar ou reduzir a força de aplicação de determinada regra – como da alíquota adotada, flexibilização da base de cálculo, relevância das agravantes e atenuantes – de maneira oportuna⁴⁹. Essa discricionariedade, entretanto, tem que ser adotada com cautela para não extrapolarem os limites da razoabilidade e proporcionalidade⁵⁰.

A limitação da abrangência da discricionariedade pela jurisprudência do CADE e o estabelecimento dos elementos a serem considerados pela dosimetria, assim como o estabelecimento de parâmetros na dosimetria, tem sido um esforço da autarquia. Como já dito, recentemente a autarquia lançou Guia de Dosimetria de multas de cartel⁵¹ com objetivo de garantir maior transparência sobre esses critérios.

Primeiro, o guia aponta que, com base na jurisprudência consolidada do CADE entre janeiro de 2012 e julho de 2019, a base de cálculo para a multa de empresas, conforme o art. 37, inciso I, tem por vezes sido alterada para fins de proporcionalidade de várias formas. Uma possibilidade foi regulada pela Resolução nº 18, de 23 de novembro de 2013, que modificou a Resolução nº 3/2012, citada acima, para dar a possibilidade do CADE, por meio de decisão fundamentada, adaptar o ramo de atividade para considerar apenas o mercado afetado pela conduta, ou seja, reduzir o escopo do faturamento para evitar que a multa extrapole os limites da razoabilidade e proporcionalidade.

O CADE também tem adotado flexibilizações para suprimir lacunas em suas informações. Por exemplo, quando não é possível obter o valor do faturamento bruto no ano anterior à instauração do Processo Admirativo, como disposto na

⁴⁸ SANTOS, Flávia Chiquito dos. Op. cit., p. 96

⁴⁹ SANTOS, Flávia Chiquito dos. Op. cit.,.

⁵⁰ SANTOS, Flávia Chiquito dos. Op. cit.,.

⁵¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia de Dosimetria de multas de cartel a cartéis em licitação**. Brasília, 2020

lei, - ou quando o valor informado não for considerado adequado – a autoridade tem utilizado um proxy proporcional ao caso concreto, como:

- i faturamento, no mercado afetado, nos 12 últimos meses da conduta;
- ii (o maior faturamento anual, no mercado afetado, obtido durante a conduta;
- iii (a média dos faturamentos, no mercado afetado, durante o período da conduta;
- iv o faturamento anual, no mercado afetado, obtido no último ano da conduta;
- v o faturamento anual, no mercado afetado, obtido no ano da licitação, em casos de cartel em licitações;
- vi a média ponderada dos faturamentos, no mercado afetado, durante o período da conduta.

Após a adoção da base de calcula adequada e proporcional ao caso, o Guia explica que, novamente focado em empresas, a autarquia passa para a decisão da alíquota da multa, ou seja, qual o valor percentual a ser aplicado.

O Guia indica as seguintes alíquotas de referência por tipo de conduta:

- I) Cartéis em licitações (art. 36, §3º, inciso I, alínea “d”, da Lei 12.529/2011): alíquota de referência de 17%, podendo ser superior a esse valor ou chegar a um mínimo de 14%, considerando os agravantes e atenuantes da conduta, conforme jurisprudência do Cade;
- II) Cartéis da forma clássica hardcore (art. 36, §3º, inciso I, alíneas “a”, “b” e “c” da Lei 12.529/2011), isto é, aqueles acordos ou trocas de informação relacionados a preços, divisão geográfica, de share ou de clientes, que tenham mecanismos de monitoramento/punição de desvio (institucionalidade) e (intenção de) perenidade: alíquota de referência de 15%, podendo ser superior a esse valor ou chegar a um mínimo de 12%, considerando os agravantes e atenuantes da conduta, conforme jurisprudência do Cade;
- III) Outras formas de condutas concertadas incluindo os cartéis difusos (ex: trocas de informações esporádicas ou não sistemáticas, revelação unilateral de informações, tabelamento de preços etc.): alíquota de referência de 8%, podendo ser superior a esse valor ou chegar a um mínimo de 5%, considerando os agravantes e atenuantes da conduta, conforme jurisprudência do Cade.

Como pode ser visto, essas alíquotas podem ser reduzidas ou aumentadas, de acordo com a presença de atenuantes ou agravantes – relacionados aos elementos enumerados no art. 45 da Lei nº 12.529/11 – como também “outros fatores que levem em consideração os princípios de razoabilidade, proporcionalidade, isonomia”. Um exemplo desses fatores adicionais é a

proposição de Guia de elevar a alíquota em 0,5 pontos percentuais por ano adicional da conduta, ou seja, se a conduta tiver durado mais de um ano.

Apesar da tentativa de consolidação de sua jurisprudência através do Guia de Dosimetria de multas de cartel⁵², vários parâmetros de dosimetria, inclusive a interpretação de certos incisos do artigo 37 da Lei nº 12.529/11, têm sido rediscutidos pelos membros do Tribunal do CADE.

Recentemente, em votos⁵³ para a homologação de TCCs⁵⁴ pelo Tribunal, como também em condenações de cartel⁵⁵, houve discussões sobre a aplicação da flexibilização da base de cálculo das multas incluída pela Resolução nº 18/2016, ou seja, pela adoção do mercado afetado em vez do ramo de atividade empresarial. Nesse caso, foi discutido que a multa imposta usando a base de cálculo flexibilizada não seria suficiente para ter caráter dissuasório.

Ademais, em discussão aparentemente já superada pelo Tribunal, ocorreram debates no Tribunal⁵⁶ sobre a interpretação dos incisos I a III do art. 37. A divergência na interpretação entende que a Lei 12.529/11 prevê pena para pessoas físicas não administradoras apenas quando não relacionadas as empresas infratoras. Para essa interpretação, caso a pessoa física seja relacionada à empresa infratora, ela só pode ser penalizada caso seja administradora.

Além dos dois exemplos citados acima, uma mudança recente na dosimetria de multas do CADE, que é o foco desse trabalho, é a adoção da vantagem auferida em casos de cartel de licitação.

⁵² O Guia de Dosimetria de multas de cartel do CADE não vincula a autoridade, ele tem apenas propósito de transparência ao facilitar aos investigados acesso aos parâmetros geralmente adotados pelo CADE em sua jurisprudência: “Destaca-se que este documento não é vinculativo e que não possui caráter de norma (ou seja, não altera dispositivos do Regimento Interno do Cade - RICade). As práticas e procedimentos aqui descritos podem ser alterados a juízo de conveniência e oportunidade do Cade, a depender das circunstâncias do caso concreto.”

⁵³ Vide Votos do Conselheiro Sérgio Ravagnani nos Requerimentos de TCC nº 08700.004648/2019-98, 08700.004140/2018-17, 08700.005718/2020-69 e 08700.004648/2019-98. Destaca-se que o Conselheiro Luis Braido seguiu o Conselheiro Ravagnani, mas não apresentou voto escrito.

⁵⁴ Os Termos de Cessação de Conduta celebrados com a autarquia preveem o pagamento de contribuição pecuniária baseada em “multa esperada” que segue os critérios de dosimetria das penas finais estipuladas no art. 45 da Lei 12.529/11.

⁵⁵ Vide Voto-Vista do Conselheiro Sérgio Ravagnani

⁵⁶ A discussão iniciou-se no Voto-Vista do Conselheiro Sérgio Ravagnani no Processo Administrativo nº 08700.000066/2016-90.

3.1. Vantagem auferida na Lei nº 12.529/11

Antes de passarmos a análise da mudança do entendimento majoritário do Tribunal do CADE, precisamos entender de o que é a vantagem auferida e de onde vêm a necessidade de sua adoção na dosimetria das multas do CADE.

A vantagem auferida aparece na Lei 12.529/11 primeiro no inciso I do art. 37 da Lei nº 12.529/11, quando ele estipula que a multa atribuída a empresa que comete infração à ordem econômica “nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação”. Logo, a lei estipula um segundo piso⁵⁷ para as multas das empresas que nunca poderão ser inferiores a vantagem auferida pelas empresas em sua conduta ilegal, quando a autoridade for capaz de estimar essa vantagem.

A lei anterior já previa em seu dispositivo análogo a adoção da vantagem auferida como piso da multa, havendo apenas uma pequena alteração da redação pela Lei nº 12.529/11 que trocou o trecho “quando quantificável” para “quando foi possível sua estimação”.

Sobre essa alteração, a doutrina entende que o legislador poderia ter trazido maior clareza quanto ao modo de aplicação da vantagem auferida⁵⁸. Apesar disso, a Lei nº 12.529/11 aumenta a concretude da aplicação da vantagem auferida ao permitir que ela seja aplicada se estimada, e não apenas se quantificada. Em seguida, a Lei nº 12.529/11, em seu art. 45, inciso II, estipula que a autoridade deve levar em consideração na aplicação das penas “a vantagem auferida ou pretendia pelo infrator”.

Assim, a legislação concorrencial estipula que a vantagem auferida deve ser considerada tanto como um piso legal, quanto como um elemento a ser analisado pela autoridade na hora da aplicação da pena.

⁵⁷ O primeiro piso é a multa mínima de 0,1% do faturamento bruto da empresa no ramo de atividade empresarial afetado.

⁵⁸ MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit., p. 114-115.

Porém, como já dito anteriormente, a lei não é clara na maneira como a ela deve ser aplicada no cálculo da multa e nem o que deve ser considerado como vantagem auferida.

Entende-se que a vantagem auferida seria o ganho efetivo – ou potencial no caso do inciso II do artigo 45 – que o infrator obteve ao alterar ilegalmente as condições de mercado. Dessa forma, para chegar à vantagem auferida é necessário quantificar, ou pelo menos estimar, os efeitos concretos ou potenciais da conduta anticompetitiva no mercado.

No caso de cartéis, essa conduta busca impor as condições de um mercado monopolizado em um mercado teoricamente competitivo, com o objetivo de que os participantes do cartel tenham lucros semelhantes de um agente monopolista⁵⁹. Os cartelistas, ao combinar as condições de um mercado, transferem a renda dos consumidores para si mesmos⁶⁰.

Essa atuação monopolista gera ineficiências como a restrição do nível de produto, a acomodação gerencial, a falta de atenção à pesquisa e desenvolvimento; e comportamentos voltados apenas a busca de renda de monopólio⁶¹.

Ademais, o cartel faz com que os recursos de mercado sejam alocados de maneira ineficiente, o que causa a perda de bem-estar social, pois há um desvio de preços e quantidades em relação aos verificados na concorrência perfeita. Além disso, o cartel permite que as empresas fora do acordo também cobrem preços mais altos para compensarem os preços supercompetitivos do cartel e, por fim, os cartelistas tem menos incentivos para inovar ou melhorar a variedade e qualidade de seus produtos, uma vez que os mantêm competitivos por meios artificiais⁶².

Pelo exposto, é possível perceber que o cartel traz inúmeros efeitos negativos ao mercado e à sociedade, além de trazer as inúmeras vantagens às

⁵⁹ SANTOS, Flávia Chiquito dos. Op. cit., p. 26

⁶⁰ SANTOS, Flávia Chiquito dos. Op. cit., p. 26

⁶¹ STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. **Introdução à Microeconomia**. Rio de Janeiro: Campus, 2003. Tradução da 3. ed. norte-americana.

⁶² CONNOR, John M.; LANDE, Robert H. **Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines: 3 Issues in Competition Law and Policy**. ABA Section of Antitrust Law, 16 out. 2008, p. 2203-2204. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1285455>. Acesso em: 29 de abril de 2022.

empresas participantes, sendo um dos principais o aumento de lucro das empresas participantes, principalmente através do aumento dos preços.

Entretanto é importante ressaltar que a vantagem obtida pelo cartel nem sempre pode ser resumida ao simples aumento de preços, podendo a conduta impactar, por exemplo, a velocidade de adoção de nova tecnologia.

Logo, as autoridades antitruste tendem a considerar que a definição mais consistente da vantagem auferida pelo cartel seria a diferença entre o preço cobrado durante a vigência do cartel e o preço que seria cobrado nas condições normais de mercado, chamado de sobrepreço⁶³.

Existem quatro abordagens analíticas para o cálculo do preço do produto sem o aumento artificial do cartel – também chamado de “*but-for price*” –, e, assim, calcular o sobrepreço, listados a seguir: *the before-and-after method*, *the cost-based approach method*, *econometric modeling* e *the yardstick method*⁶⁴. Connor⁶⁵ entende que é deve-se aplicar mais de um método para verificar se eles suportam mutualmente.

O primeiro método, *the before-and-after method*, analisa como os preços do mercado cartelizado se comportavam antes da implementação do cartel, permitindo certificar se houve o aumento dos custos durante a duração da prática anticompetitiva. O método *cost-based approach*, analisa de forma regressiva os custos de produção e as margens de lucro da empresa em determinado período no mercado objeto do cartel⁶⁶.

O terceiro método, basicamente usa a mesma análise do método *before-and-after*, mas também analisa a oferta e demanda do mercado relevante “e então investiga por meio de testes estatísticos em que medida as mudanças nos preços podem ser explicadas por comportamentos competitivos do mercado”⁶⁷.

⁶³ SANTOS, Flávia Chiquito dos. Op. cit., p. 27

⁶⁴ CONNOR, John M. **Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartels**. Journal of Industry, Competition and Trade, v. 6, 2006.

⁶⁵ CONNOR, John M. **Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartels**. Journal of Industry, Competition and Trade, v. 6, 2006.

⁶⁶ CONNOR, John M. **Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartels**. Journal of Industry, Competition and Trade, v. 6, 2006.

⁶⁷ CONNOR, John M. **Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartels**. Journal of Industry, Competition and Trade, v. 6, 2006.

O último método, coleta os preços de mercados análogos não cartelizados, que devem ter características de custos e de demanda semelhantes as características do mercado alvo do cartel. Destaca-se que esse método não é aplicável em cartéis internacionais.

É possível perceber que os métodos econômicos de cálculo do sobrepreço do cartel exigem uma quantidade elevada de dados e informações dos referentes ao mercado afetado pela conduta, além da realização de inúmeros cálculos matemáticos e estatísticos e a adoção de certos padrões de referência⁶⁸.

Entretanto, como já foi dito em relação as provas de cartel, existe uma dificuldade de obtenção de informações sobre a atuação do cartel devido a sua natureza secreta, o que torna a adoção desses métodos complicada para autoridade.

Por isso, existem estudos que sugerem alguns valores médios de sobrepreço, um deles, organizado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁶⁹, estima que a média do sobrepreço se encontra entre 15% e 20%. Porém, como apontado por Flávia Chiquito⁷⁰, outros estudos apontam médias distintas:

na média de 40% a 25%, sendo que, para cartéis internacionais, sugeriu-se uma média maior, entre 30% a 33%, comparada à média de 17% a 19% para cartéis domésticos; há estimativas de que o sobrepreço mais baixo seria de 7% e o mais alto seria de 100%. Quanto a cartéis em licitações, há suposições de que resultam em sobrepreços menores, em média 21%, comparados aos concluídos convencionais de fixação de preços ou quotas de mercado, cuja média é de 25 a 29%.

Dessa forma, percebe-se que a estimação do sobrepreço pelos cartéis não é uma tarefa fácil para a autoridade, uma vez que a própria natureza da infração dificulta a obtenção dos dados e das informações necessárias para que a autoridade realize o cálculo por si só, e que os estudos econômicos apresentam divergências entre si, já que o cálculo dessa variável pode alterar dependendo do método adotado, dos cartéis e mercados analisados, e dos padrões de

⁶⁸ CONNOR, John M. **Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartels**. Journal of Industry, Competition and Trade, v. 6, 2006.

⁶⁹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective, Sanctions and Leniency Programmes, 2002**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>> Acesso em 26 de abril de 2022.

⁷⁰ SANTOS, Flávia Chiquito dos. Op. cit., p. 28

referência adotados. Esse fato é reconhecido inclusive pelo próprio CADE que, em seu Guia de Dosimetria de multas de cartel reconhece que “frequentemente esse cálculo não é possível ou é sujeito a elevado grau de imprecisão, de modo que não necessariamente esse elemento é possível de ser efetivamente aplicado para a dosimetria no caso concreto”.

Ademais, destaca-se ainda que, além do discorrido acima, a Lei nº 12.529/11 traz ainda outro problema em relação ao uso da vantagem auferida estimada como piso da multa do art. 37, I.

Como é possível perceber da leitura do inciso, ele define dois pisos para a multa a ser aplicada: 0,1% do faturamento bruto do infrator no ramo de atividade empresarial afetado no ano anterior à instauração do processo administrativo e a vantagem auferida. Ademais, define como valor máximo da multa a ser aplicada 20% do faturamento bruto do infrator no ramo de atividade empresarial afetado.

Porém, o valor da vantagem auferida, como visto acima, surge da estimação dos ganhos obtidos pelo agente econômico ao realizar a conduta anticoncorrencial e, desse modo, pode ser superior a 20% do faturamento bruto do infrator no ramo de atividade empresarial afetado. Assim, surge a dúvida de se quando a estimação da vantagem auferida for superior a 20% do faturamento bruto do infrator no ramo de atividade empresarial afetado, a multa aplicada pelo CADE pode também ser superior a esse teto.

Em uma interpretação literal do dispositivo, entende-se que, nesse caso, a multa não só pode, como deve ser superior ao teto, já que ela nunca pode ser inferior à vantagem auferida.

Por outro lado, em uma interpretação que leva em conta os princípios do Direito Administrativo Sancionador, principalmente o princípio da proporcionalidade, que inclusive já foi adotada pelo próprio CADE⁷¹, a multa

⁷¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51. Representante: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. Representados: Liquigás Distribuidora S/A (antiga Tropigás - Liquigás Distribuidora S/A), Supergasbrás Energia Ltda. (antiga Minasgás Distribuidora de Gás Combustível Ltda.), Paragás Distribuidora Ltda. Relatora: Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Voto-Vogal: Conselheiro João Paulo de Resende. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2

vez que essa conduta envolve a prática de atos concertados por múltiplos agentes econômicos.⁷⁶

4. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO CADE: ADOÇÃO DA VANTAGEM AUFERIDA

Levando em consideração todo o exposto sobre a infração de cartel, a dificuldade de obtenção de provas e dados referentes a essa conduta devido a sua natureza sigilosa e os parâmetros legais para a dosimetria, serão analisados os casos julgados pelo Tribunal do CADE em que a adoção da vantagem auferida no cálculo de multa de cartéis prevaleceu entre a maioria dos Conselheiros.

Para realizar essa análise, foram levantados todos os casos julgados pelo Tribunal do CADE durante a vigência da Lei nº 12.529/11 – ou seja, desde 29 de maio de 2012 – que houve condenação de empresas pela conduta de cartel⁷⁷ e que foi aplicada a Lei nº 12.529/11 para o cálculo da multa da empresa.

O segundo parâmetro foi incluído apenas por completude, uma vez que o CADE entende que em condutas que ocorreram antes da vigência da nova lei, o parâmetro para o cálculo de multa adotado é o mais benéfico ao acusado, em consonância com os princípios constitucionais. Ocorre que para a condenação de empresa a Lei nº 12.529/11 sempre será mais benéfica, uma vez que ela reduziu as alíquotas mínima e máxima e a base de cálculo da multa.⁷⁸

Após o levantamento desses casos, foram analisados apenas aqueles em que a adoção da vantagem auferida na dosimetria da multa - mais especificamente como piso mínimo, conforme o inciso I do art. 37 – prevaleceu na decisão final do Tribunal do CADE. No total foram analisados cinco Processos Administrativos. A análise dos casos será feita de ordem cronológica,

⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 96.

⁷⁷ Tipificada no art. 36 inciso I e § 3º, inciso I, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”, da Lei nº 12.529/2011.

⁷⁸ FRAZÃO, Ana. Op. cit., p. 299.

considerando a data da Sessão de Julgamento na qual foi proferida a decisão final.

Nessa análise, primeiramente, será descrito o cartel objeto do caso analisado. Em seguida, serão descritas as razões expostas no voto vencedor para o uso da vantagem auferida no caso analisado e a forma como ela foi calculada. Por fim, serão resumidos os argumentos utilizados nos votos convergentes, quando necessário, e nos votos divergentes. Destaca-se que a análise de mérito do caso realizada pelos Conselheiros do Tribunal do CADE não é relevante para a análise e, portanto, não será descrita.

O objetivo dessa análise é verificar se existe uma regra comum para a adoção e o cálculo da vantagem auferida na dosimetria da multa.

4.1. Processo Administrativo nº 08012.009732/2008-01

O presente Processo Administrativo teve decisão final proferida durante a 170ª Sessão Ordinária de Julgamento do CADE, que ocorreu no dia 09 de dezembro de 2020, sob a relatoria da Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira, e trata de cartel em licitações públicas municipais ocorridas em todo o país que tinham como objeto a aquisição de unidades móveis de saúde (“UMS”) e de equipamentos médico-odontológicos entre 1999 e 2005.

A investigação desse cartel teve origem uma operação da Polícia Federal e do Ministério Público Federal chamada “Operação Sanguessuga” e foi investigado em diversos processos criminais e de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (“CMPI”) no Congresso Nacional.

Os representados nesse processo são Santa Maria Comércio e Representação Ltda., Leal Máquinas Ltda., Klass Comércio e Representação Ltda., Francisco Canindé da Silva ME, Vedovel Comércio e Representação Ltda., Planam Comércio e Representação Ltda., Esteves e Anjos Ltda. Me, Frontal Ind. e Com de Móveis Hospitalares Ltda., Luiz Antônio Trevisan Vedoin, Darci José Vedoin, Helen Paula Duarte Cirineu e Alessandra Trevisan Vedoin.

Após descrição do *modus operanti* do cartel e a análise do conjunto probatório, a Conselheira Relatora conclui pela condenação de todos os Representados, com exceção de três pessoas físicas.

A Relatora, então, indica que, consoante a jurisprudência do CADE, as penalidades desse caso levarão em conta os parâmetros da Lei nº 12.529/11 para as pessoas jurídicas por ser mais benéfica.

Estabelecido qual parâmetro legal a ser seguido, a Conselheira passa para a análise dos critérios elencados no art. 45 da Lei nº 12.529/11. Como já dito anteriormente, o art. 45 em seu inciso III enumera a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator como um desses critérios.

Entretanto, nesse caso, a Conselheira não realiza uma estimativa da vantagem auferida para a análise desse critério, mas apenas diz que “por meio do acordo firmado, os Representados obtiveram claros ganhos e se beneficiaram de sobrepreços e de vantagens nas licitações que participaram, gerando substanciais prejuízos ao erário.”, ou seja, apenas uma análise qualitativa da vantagem auferida.

Após considerar os critérios do art. 45 da Lei nº 12.529/11, a Relatora passa então para o cálculo da multa.

Nessa etapa, a Relatora aponta que não há nos autos informações sobre o faturamento bruto das pessoas jurídicas envolvidas, nos termos estabelecidos pelo art. 37, I da Lei nº 12.529/11. A requisição dessa informação para a Receita Federal indicou que apenas uma das Representadas estava ativa no ano de 2015, ano anterior à instauração do processo administrativo.

Não bastasse isso, não existiam informações suficientes nos autos para o uso de métodos alternativos já empregados anteriormente pelo CADE na ausência do faturamento no ano anterior à instauração do processo administrativo, tais como “volume de vendas do representado no último ano de participação na conduta, faturamento do grupo por meio de exportações feitas ao Brasil, faturamento do representado no último ano da conduta”.

Devido a essa situação única, a Relatora entendeu que não havia outra “alternativa senão a utilização da estimativa da vantagem auferida”. Isso porque

os únicos dados disponíveis e razoáveis para a determinação da base de cálculo da multa do art. 37, I, eram os valores obtidos nas licitações afetadas pelo cartel, realizadas nos anos de 2002 a 2005⁷⁹. Sobre a adoção desse critério, a Conselheira destaca que:

Embora essa flexibilização se afaste daquelas realizadas na jurisprudência do Conselho, que ainda assim se pautava em dados de faturamento ou em estimativas capazes de obtê-lo, compreendo, conforme mencionado acima, que ela é excepcional em virtude das particularidades deste caso e é necessária para garantir o cálculo de uma multa suficientemente razoável e dissuasória.

Assim, a Conselheira passa a estimação da vantagem auferida. Para tanto, ela adota o consenso internacional de que os cartéis geram o sobrepreço e usa como base estudo realizado pela OCDE⁸⁰ e as considerações realizadas pelo próprio CADE no Guia de Combate a Cartéis em Licitações do CADE para estimar a vantagem auferida no caso em tela em 20% sobre o valor dos respectivos convênios em que os Representados se sagraram vencedores.

Dessa forma, o cálculo da multa das pessoas jurídicas condenadas por cartel no seguinte caso seria realizado da seguinte forma: o valor de cada convênio vencido pela empresa seria somado para formar a base de cálculo da multa; essa base então seria atualizada pela SELIC, conforme jurisprudência do CADE; por fim, seria aplicado sobre essa base a alíquota de 20% correspondente a estimação do sobrepreço do cartel.

O Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia apresentou voto-vista divergindo da dosimetria adotada pela Relatora, sendo seguido pelo Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann e pelo Presidente do CADE, Alexandre Barreto de Souza.

O Conselheiro Bandeira Maia entende que a metodologia adotada pela Relatora não se trata de estimação da vantagem auferida, mas apenas de uma “nova versão” da flexibilização da base de cálculo já utilizada pelo CADE em outros casos. O Conselheiro aponta que existem diversas formas para calcular

⁷⁹ As licitações anteriores ao ano de 2002 foram desconsideradas devido a prescrição.

⁸⁰ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Hard Core Cartels: Third report on the implementation of the 1998 Council Recommendation.** Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/cartels/35863307.pdf>. Acesso em: 27 de abril de 2022, p. 25.

a vantagem auferida, “todas elas calculadas em metodologia científica e com cálculos econométricos complexos, específicos do mercado afetado” que não se assemelham ao método usado pela Relatora.

Por fim, o Conselheiro aponta que a discussão da vantagem auferida já ocorreu com profundidade em diversos julgados do CADE⁸¹, em que prevaleceu o entendimento de que era impossível “replicar uma metodologia para as diversas situações com as quais o Cade lida em casos de cartel seria um fator enfraquecedor da sua defesa perante o Poder Judiciário, o que poderia levar à revisão de nossas decisões naquela seara”.

Esse entendimento foi acompanhando pelos Conselheiros Sérgio Costa Ravagnani, Lenisa Rodrigues Prado e Luis Henrique Bertolino Braido, sendo que apenas o Conselheiro Luis Braido apresentou voto escrito.

O Conselheiro Braido, em breve síntese, entende que a Lei nº 12.529/11 não limita a apuração da vantagem auferida aos resultados de métodos econométricos complexos. Assim, devido a ausência de recursos públicos disponíveis para a apuração exata da vantagem auferida por cada infrator, a autoridade deve usar métodos mais simples e práticos, pois ela deve buscar dar máxima concretude aos comandos legais.

Dessa forma, a dosimetria vencedora foi a adotada pela Conselheira Relatora Paula Azevedo, sendo vencidos os Conselheiros Mauricio Oscar Bandeira Maia Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann e o Presidente do CADE.

4.2. Processo Administrativo nº 08700.000066/2016-90

O presente Processo Administrativo teve sua decisão final proferida durante a 171ª Sessão Ordinária de Julgamento do CADE, que ocorreu no dia 04 de novembro de 2021, sob a relatoria da Conselheira Paula Farani de Azevedo

⁸¹ Esses casos não foram incluídos na análise, uma vez que os votos que utilizaram a vantagem auferida na dosimetria da multa não foram vencedores.

Silveira, e trata de cartel em licitações privadas da Telemar e Telefônica para adquirir componentes eletrônicos para o setor de telecomunicações, utilizados para a construção/manutenção da rede fixa (óptica e metálica) de empresas responsáveis pelo serviço de telefonia (voz e internet banda larga). O cartel começou em 2009 e teve seu fim entre o fim de 2013 e o primeiro semestre de 2014.

Esse processo teve como origem a assinatura de Acordo de Leniência em 2014 entre o CADE, o Ministério Público Federal e as empresas Corning Incorporated e Corning Comunicações ópticas S.A..

Os representados nesse processo são Araguaia Indústria Comércio e Serviços Ltda. – EPP; Corning Comunicações Ópticas S.A.; Corning Incorporated; Quadrac Telecomunicações e Informática Ltda.; Redex Telecomunicações Ltda.; Tyco Electronics Brasil Ltda.; Álvaro Rodrigo Gamerre Peña; Andrea Petisco; Edison Agostinho; Efraim Santos Filho; Hélio Gomes de Oliveira; João Antônio César; José Manoel Silva da Costa; José Santos Calvo Sebastián; Marcelo Ferreira da Rosa; Marcelo Miguel Ortiz D’Elia; Marlison Luiz de Azevedo; e Rogério Diniz.

Destaca-se que apesar da decisão final desse processo ter sido proferida após a decisão do caso anterior, o seu julgamento iniciou-se na 150ª Sessão Ordinária de Julgamento do CADE que ocorreu no dia 27 de novembro de 2019, sendo que o voto vencedor foi proferido na 168ª Sessão Ordinária de Julgamento do CADE, que ocorreu no dia 04 de novembro de 2020. O julgamento do presente caso teve a duração extensa devido aos pedidos de vista realizados pelos Conselheiros.

A Conselheira Relatora não adota qualquer estimativa da vantagem auferida pelo cartel na dosimetria da multa empresa condenada, a Redex Telecomunicações Ltda. A Conselheira segue o estipulado no art. 37, inciso I da Lei 12.529/11 aplicando uma alíquota entre 0,1% e 20% sobre o faturamento bruto da empresa no ramo de atividade no ano anterior à instauração do processo administrativo, não buscando verificar se a multa aplicada seria inferior a vantagem auferida.

Na verdade, a adoção da vantagem auferida na dosimetria da multa do caso em tela foi feita pelo Conselheiro Sérgio Ravagnani em seu voto-vista. A Relatora, após o voto do vistor, aditou o seu voto para acatar as divergências apontadas pelo Conselheiro e expressar a sua concordância aos pontos levantados por ele.

Primeiramente, o Conselheiro Sérgio Ravagnani entende que a dosimetria da multa aplicada a Representada Redex Telecomunicações Ltda., já que os elementos presentes nos autos não fornecem base para estimar a vantagem auferida.

O Conselheiro vistor, após instrução complementar, entendeu existia provas suficientes para atestar a participação da Representada Araguaia Indústria Comércio e Serviços Ltda. – EPP no cartel investigado, já que a empresa recebeu pagamentos decorrentes da divisão de lucro pela abstenção ou cobertura da Redex em licitações privadas em benefício da leniente. As notas fiscais desses pagamentos foram juntadas aos autos como parte da colaboração da leniente na celebração do acordo com o CADE.

Devido a existência das notas fiscais com os valores dos pagamentos referentes a divisão de lucro do cartel, o Conselheiro entendeu a vantagem auferida pela Araguaia no cartel poderia ser calculada pela soma desses valores. Após a realização desse cálculo, o Conselheiro aponta que

Para a correta aplicação do inciso I do artigo 37 da Lei 12.529/11, é necessário comparar o valor estimado da vantagem auferida, piso do valor da multa, com o resultado da aplicação da alíquota de 0,1% a 20% sobre o faturamento da empresa no ano anterior à instauração do processo administrativo no ramo de atividade em que ocorreu o cartel.

Desse modo, o Conselheiro compara a multa calculada conforme o dispositivo citado e atesta que, mesmo com a aplicação do percentual máximo de 20%, a multa aplicada a Araguaia seria menor do que a estimativa da vantagem auferida. Assim, o Conselheiro entendeu que a multa aplicada deveria ser o valor estimado da vantagem auferida, pois a lei é clara ao dizer que a multa do inciso I do art. 37 **nunca** será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação.

Importante destacar que o Conselheiro Sérgio Ravagnani indicou em seu voto que é “dever da autoridade verificar a viabilidade de estimar o valor da vantagem auferida pela empresa por meio da infração cometida, sendo este o valor mínimo da multa”. Logo, a autoridade deve empreender esforços para calcular a vantagem auferida sempre que possível a sua estimação.

Além da Relatora, o Conselheiro vistor foi acompanhado pela Conselheira Lenisa Rodrigues Prado e pelo Conselheiro Luis Henrique Bertolino Braidó.

O Conselheiro Luiz Hoffmann apresentou voto-vista divergindo da dosimetria aplicada à multa da Representada Araguaia, sendo acompanhado em seu entendimento pelo Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia e pelo Presidente do CADE, Alexandre Barreto de Souza, que também apresentou voto escrito.

Primeiramente, o Conselheiro afirma que a vantagem auferida não deve ser adotada nesse caso, em sintonia com a jurisprudência do CADE, com base em três argumentos.

Primeiro, ele entende que a interpretação sistemática do art. 37, I com o art. 45, III, da Lei nº 12.529/2011 impede o uso da vantagem auferida como principal critério sancionatório, já que a ela será apenas o piso da multa e não o montante que seria atribuído em sede de multa. Ademais, o uso da vantagem auferida como piso só ocorre se, e somente se, for possível a sua estimação.

Segundo, o Conselheiro Hoffman indica que “a vantagem auferida seria uma reparação típica da seara civil e não do direito administrativo sancionador”. O CADE não teria competência para reparar os danos causados pelo cartel, sendo a devolução dos ganhos ilícitos dessa prática parte da responsabilidade civil dos infratores.

Em terceiro lugar, o Conselheiro afirma que existem eventuais fragilidades e limitações no emprego de metodologias para estimar a vantagem auferida, como “inserção de possíveis *proxies* ou dificuldade de se elaborar contrafactuais seguros para estimação de vantagem auferida”, o que acarretaria forte insegurança jurídica.

Por fim, o Conselheiro Hoffmann diferencia o presente caso do Processo Administrativo nº 08012.009732/2008-01, analisado acima. Ele aponta que nesse precedente a vantagem auferida só foi utilizada, pois não havia nos autos quaisquer dados de faturamento os quais pudessem ser usados como base de cálculo para dosimetria da multa.

Em concordância ao voto do Conselheiro Luiz Hoffmann, o Presidente do CADE apresentou voto escrito destacando duas premissas a serem consideradas quando discutir a estimação da vantagem auferida nas multas do CADE:

Primeiramente, a de que nem sempre a estimativa pecuniária dessa vantagem será possível de modo relativamente seguro, e de que, portanto, não é necessário nem aconselhável – dadas as falhas e os elevados custos envolvidos na tentativa de cálculo – buscar esse parâmetro pecuniário em todo caso, ou tê-lo como elemento principal da sanção. Segundo, a de que o conceito de “vantagem auferida” não pode ser reduzido a uma visão unilateral que toma esse cálculo como uma mera estimativa pecuniária de um sobrepreço. A discussão sobre as vantagens que são auferidas por uma conduta anticompetitiva, e dos custos que serão arcados pelo infrator com a aplicação das diferentes sanções e outros custos incidentes (não apenas da autoridade antitruste), é eivada de vários fatores de consideração, tanto quantitativos quanto qualitativos. Ignorar esse conjunto de fatores, para reduzir a significância da vantagem auferida a um cálculo pecuniário matemático, é ignorar o fim maior da norma, qual seja: o de aplicar uma punição e um fator de dissuasão reais e proporcionais, com todos os elementos que envolvem essa avaliação.

Ademais, o Presidente do CADE aponta que as autoridades antitrustes têm espaço para investir em meios adicionais de dissuasão, sem precisar adotar política que gerem gastos de recursos públicos, como o incentivo a ações privadas de reparação de danos e à punição criminal de indivíduos infratores, além da maior utilização das penas alternativas elencadas na Lei nº 12.529/11.

No fim, a dosimetria vencedora foi a adotada pela Conselheira Relatora Paula Azevedo, sendo vencidos os Conselheiros Mauricio Oscar Bandeira Maia Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann e o Presidente do CADE.

4.3. Processo Administrativo nº 08012.010022/2008-16

O presente Processo Administrativo teve sua decisão final proferida durante a 175ª Sessão Ordinária de Julgamento do CADE, que ocorreu no dia 14 de abril de 2021, sob a relatoria da Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira, e trata de cartel em licitações públicas referentes a contratos de terceirização de merendas escolares no Estado de São Paulo. O cartel começou em 2009 e teve seu fim entre o fim de 2013 e o primeiro semestre de 2014.

Esse processo originou-se de procedimento criminal conduzido pelo Ministério Público do Estado de São Paulo que apurava contumacia em que empresários do ramo de alimentação associaram-se de forma estável e duradoura, com o fim específico de burlar certames licitatórios, com o objetivo de auferir lucros, mediante a prática do crime de corrupção ativa e formação de cartel.

Os representados nesse processo são Serra Leste Indústria Comércio Importação e Exportação Ltda.; SP Alimentação e Serviços Ltda.; Terra Azul Alimentação Coletiva e Serviços Ltda.; Systal Alimentação de Coletividade Ltda.; Geraldo J. Coan e Cia Ltda.; Sha Comércio de Alimentos Ltda.; Nutriplus Alimentação e Tecnologia Ltda.; Convida Alimentação Ltda.; Comercial Milano do Brasil Ltda.; Erj Administração e Restaurantes de Empresas Ltda.; Verdurama Comércio Atacadista de Alimentos Ltda.; Ceazza Distribuidora de Frutas, Verduras e Legumes Ltda.; Amauri Ferreira Leonel; Bárbara Stein; Bartolomeu Vasconcelos Silva Filho; Cristiane Vetturi; Eloízo Afonso Gomes Durães; Fabiana Piccinali; Fabricio Arouca de Nadai; Gustavo Guerra Villaça; Ignácio de Moraes Júnior; Italo Bacchi Filho; José Carlos Geraldo; Marco Aurélio Ribeiro da Costa; Maria Helena de Angelis; Olésio Magno de Carvalho; e Valdomiro Francisco Coan.

O voto da Conselheira Paula Farani de Azevedo entende que o presente processo administrativo não teria elementos probatórios suficientes para formar convicção quanto à conduta. Dessa forma, ela arquiva o processo administrativo para todas as Representadas.

Divergindo da análise de mérito da Conselheira Relatora, o Conselheiro Braido apresentou voto-vista em que reavalia o conjunto probatório – constituído nesse caso de registros de pagamentos sem causa para funcionários de concorrentes, registro de reuniões entre as concorrentes, e a ata dos dois pregões cartelizados – e entende pela condenação de 14 representadas, sendo que 7 dessas são pessoas jurídicas.

Antes de iniciar o cálculo das multas, o Conselheiro aponta que as multas aplicadas devem ser dissuasórias e para isso devem “alcançar, pelo menos, a soma dos ganhos ilicitamente subtraídos do Poder Público, subtraídos, portanto, de toda sociedade.”, devido exatamente a isso que a lei define que as penas aplicadas pelo CADE não podem ser inferiores à vantagem auferida.

Passando para o cálculo das multas, o Conselheiro vistor, primeiramente, calcula as multas das empresas cartelistas seguindo a regra estabelecida no art. 37, I da Lei 12.529/11. Destaco que devido à ausência de dados sobre os faturamentos brutos das empresas no ramo de atividade afetado, o Conselheiro usa os faturamentos totais das empresas fornecido pela Receita Federal, consoante o §2º do mesmo artigo⁸².

Após calcular o valor das multas para cada uma das Representadas, o Conselheiro, para confirmar o caráter dissuasórios dessas, passa para a estimação da vantagem auferida. Para tanto, o Conselheiro soma os valores obtidos pelas empresas nos 2 pregões fraudados, usando como base as atas presentes nos autos, e aplica sobre essa soma 20% de sobrepreço.

O Conselheiro aqui destaca que aplica essa porcentagem em respeito ao precedente estabelecido pelo Processo Administrativo nº 08012.009732/2008-01 e ao Guia de Combate a Cartéis em Licitação do CADE, uma vez que a Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (FIPE) estimou que o valor das merendas adquiridas foi 72% superior ao das preparadas pelas próprias escolas.

⁸² “§ 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.”

Então, após obter a estimativa da vantagem auferida por cada empresa nos certames fraudados, o Conselheiro os compara os valores das multas calculadas, constatando que as multas são bem inferiores a vantagem auferida estimada e, portanto, não são dissuasórias. Dessa forma, para garantir o caráter dissuasório da decisão do CADE, o Conselheiro decide pela aplicação das penas acessórias elencadas nos incisos I, II, III e IV, alínea b, do art. 38 da Lei nº 12.529/11⁸³.

O voto do Conselheiro Braido foi acompanhado por todos os Conselheiros, com exceção da Conselheira Relatora. O Conselheiro Sérgio divergiu apenas da dosimetria da multa da Nutriplus e da condenação de três pessoas físicas, não divergindo do uso da vantagem auferida para verificar o caráter dissuasório da multa.

4.4. Processo Administrativo 08700.008612/2012-15

O presente Processo Administrativo teve sua decisão final proferida durante a 179ª Sessão Ordinária de Julgamento do CADE, que ocorreu no dia 16 de junho de 2021, sob a relatoria da Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira, e trata de cartel em licitações públicas destinadas à aquisição de uniforme e kits de material escolar para alunos de redes públicas de ensino em diversos Estados do país, entre os anos de 2007 e 2012.

⁸³ “Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;

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

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

[...]

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

Esse processo teve como origem a assinatura de Acordo de Leniência em 2014 entre o CADE, o Ministério Público Federal, Ministério Público Estadual de São Paulo e o Sr. Djalma da Silva Santos.

Os representados nesse processo são Attendy Artigos de Vestuário e Confecções Ltda., Brink Mobil Equipamentos Educacionais Ltda., Capricórnio S.A, Diana Paolucci S.A. Indústria e Comércio, Excel 3000 Materiais e Serviços Ltda., Libero Comercial Ltda., Mercosul Comercial e Industrial Ltda., NCR Uniformes Ltda., Nilcatex Têxtil Ltda., Tecelagem Guelfi Ltda., Abelardo Paolucci, Alexandre Costa dos Santos, Antonio Carlos Leskovar Borelli, Cláudio Roberto da Silva, Djalma da Silva Santos, Eldo Umbelino, Emerson da Silva, Erica Nunes dos Santos Lima, Ricardo Gonçalves Guerra, Jannivaldo Marques Santos, Júlio Manfredini, Kalvin Villela Brandão Paolucci, Márcio Nogueira Vignoli, Marcos Antônio Miranda da Silva, Maurício Paolucci, Mickael Villela Brandão Paolucci, Reinaldo Paolucci, Renato Borges Duarte, Roberto Giro Nakano, Silvio Carlos dos Santos e Valdemar Ábila.

A Conselheira Relatora ante a análise das provas dos autos, entendeu que havia indícios suficientes para a condenação de quinze Representas, sendo 7 pessoas jurídicas. Após a análise do mérito do caso, a Relatora entendeu ser necessário discorrer sobre a possibilidade de estimação e utilização do critério da vantagem auferida na dosimetria da multa em casos de cartel

Primeiramente, a Conselheira procura compreender o conceito de vantagem auferida e buscar a sua definição, analisando como certos estudos definem os danos causados pelo cartel, o histórico das discussões legislativas durante a aprovação da Lei nº 12.529/11, e, por fim, como a jurisprudência do CADE tratou desse conceito anteriormente. Em seguida, a Conselheira analisa os critérios de dosimetria adotados em outras jurisdições, indicando que a maioria das jurisdições adota uma base do cálculo que abrange o faturamento obtido ao longo do período da conduta

Por fim, a Conselheira Paula Farani conclui que apesar dos danos causados por cartéis e, desse modo, a vantagem auferida pelos cartelistas tender a ser maior que os simples ganho pecuniária refletido pelo sobrepreço, esse parâmetro é o que garante maior objetividade e transparência à metodologia de

cálculo das multas. Ademais, a Conselheira aponta que a metodologia de cálculo do sobrepreço é semelhante a base de cálculo adotada pela prática internacional.

Com base nesses argumentos, e no entendimento de que adoção da vantagem auferida é a melhor maneira da autoridade garantir o caráter dissuasório de suas multas, a Relatora replica a sua metodologia de cálculo de sobrepreço usada no Processo Administrativo nº 08012.009732/2008-01, ou seja, a aplicação de 20% de sobrepreço sobre a soma dos valores dos contratos vencidos pelas Representadas nas licitações afetadas pelo cartel⁸⁴.

Porém, por ter os dados de faturamento das empresas, diferente do caso citado, a Conselheira calculou as multas das empresas conforme o inciso I do art. 37, e, em seguida, as comparou as estimativas de vantagem auferida de cada empresa, semelhante ao que foi feito pelo Conselheiro Braido no Processo Administrativo nº 08012.010022/2008-16.

Após essa comparação, como a vantagem auferida é considerada como o piso da multa, a Conselheira determinou que, para as empresas que a multa calculada usando a dosimetria do art. 37, I foi menor que a estimativa da vantagem auferida, essa estimativa deve ser usada como o valor de multa.

Importante destacar que o valor estimado da vantagem auferida foi aplicado como multa mesmo quando superou o teto de 20% do valor do faturamento bruto da empresa no ramo de atividade empresarial afetado.

A Conselheira Relatora foi acompanhada pela Conselheira Lenisa Prado e pelos Conselheiros Luis Braido e Sérgio Costa Ravagnani. Esse último apresentou voto escrito, mas não trouxe novos argumentos em relação a adoção da vantagem auferida, apenas repisando os argumentos já apresentados pela Relatora.

Os Conselheiros Mauricio Oscar Bandeira Maia, Luiz Hoffmann e o Presidente do CADE votaram contra a adoção da dosimetria da Conselheira

⁸⁴ Para a empresa Capricórnio, o valor do sobrepreço aplicado foi de 20,5%, pois a Conselheira entendeu que existiam dados específicos nos autos sobre os preços praticados e os valores de subcontratação que permitiam estimar, de modo mais preciso, qual foi o sobrepreço praticado por ela.

Relatora. O voto condutor da divergência foi o do Conselheiro Banderia Maia que, diferente dos casos anteriormente analisados, não apresentou argumentos para a não adoção da vantagem auferida, apenas indicou que a dosimetria adotada está nos termos da jurisprudência do CADE.

Assim, a dosimetria vencedora foi a adotada pela Conselheira Relatora Paula Azevedo.

4.5. Processo Administrativo 08700.004455/2016-94

O presente Processo Administrativo teve sua decisão final proferida durante a 182ª Sessão Ordinária de Julgamento do CADE, que ocorreu no dia 186 de agosto de 2021, sob a relatoria do Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann, e trata de cartel em licitações públicas referentes a compras de material escolar e de escritório no Estado de Pernambuco, entre os anos de 2006 e 2008.

Esse processo teve como origem a partir de comunicação da Superintendência Regional da Polícia Federal no Estado do Pernambuco (“SR/DPF/PE”) quanto a supostas ocorrências de práticas ilícitas, atentatórias à livre concorrência, potencialmente perpetradas por fabricantes e distribuidores/revendedores de material escolar e de escritório em licitações realizadas por administrações municipais localizadas no Estado de Pernambuco.

Os representados nesse processo Comercial Armarinho Oliveira Ltda. ME, Inforecife Comércio de Informática e Papelaria Ltda. ME, T.E Papelaria Comercial Ltda. ME, L. de Oliveira Logística – ME, Livraria e Papelaria Boa Vista Ltda., Livraria e Papelaria Leal Dantas Ltda., SR de Carvalho Dantas – ME, Artshop Comércio Ltda., OEC Organização de Empresas e Contabilidade Ltda., Paulo Sérgio Costa da Purificação – ME, Sr. Luís de Oliveira, Sr. Sérgio Ricardo de Carvalho Dantas, Sr. Evaldo Soares de Lima, Sr. Sérgio Roberto Ramos de Melo e Sr. Paulo Sérgio Costa da Purificação.

O Relator não adota qualquer estimativa da vantagem auferida pelo cartel na dosimetria da multa das empresas condenadas, ele segue o estipulado no art. 37, inciso I da Lei 12.529/11 aplicando uma alíquota entre 0,1% e 20% sobre o faturamento bruto da empresa no ramo de atividade no ano anterior à instauração do processo administrativo, não buscando verificar se a multa aplicada seria inferior a vantagem auferida.

O Conselheiro Sérgio Ravagnani divergiu da dosimetria adotada pelo Relator, convergindo em relação ao mérito. Em seu voto vista, o Conselheiro Ravagnani segue a dosimetria estabelecida no Processo Administrativo nº 08700.008612/2012-15.

Desse modo, o vistor primeiro calculou as multas das empresas condenadas seguindo a dosimetria do art. 37, inciso I da Lei nº 12.529/11 e, em seguida, as comparou com os valores obtidos pela aplicação de sobrepreço de 20% nos contratos vencidos pela empresa nas licitações afetadas pelo cartel, para determinar as multas inferiores a esses valores, considerados como a estimativa da vantagem auferida. Nesses casos, a estimativa da vantagem auferida foi aplicada como valor de multa, seguindo exatamente o raciocínio do Processo Administrativo nº

Os Conselheiras Lenisa Prado e Paula Azevedo e o Conselheiro Luiz Braido seguiram o voto do Conselheiro Ravagnani em relação a dosimetria, vencidos o Conselheiro Relator, o Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia e o Presidente Alexandre Barreto.

4.6. Conclusão sobre a análise dos processos administrativos

Como já dito, o objetivo da análise dos casos levantados era verificar a existência de uma regra comum para a adoção e o cálculo da vantagem auferida na dosimetria da multa.

Primeiramente, nota-se que a estimativa da vantagem auferida pelo Tribunal do CADE só foi realizada em caso de cartel em licitações, sejam públicas ou

privadas. Isso porque, os Conselheiros entenderam que esse tipo de cartel possui a maior disponibilidade de dados sobre os volumes e preços dos produtos, uma vez que essas quantidades estão registradas nas atas das licitações.

Ademais, a demanda afetada por esses cartéis costuma ser inelásticas com quantidades predeterminadas no edital de licitação, sendo eventuais ajustes vinculados à execução de política pública específica e não ao preço. Dessa forma, retira-se a necessidade de calcular outras variáveis, como a redução da quantidade comprada devido ao aumento de preços imposto pelo cartel, sendo necessária apenas a realização do cálculo do sobrepreço⁸⁵.

Destaca-se que a Conselheira Lenisa Prado votou pela aplicação de multa baseada na estimação da vantagem auferida no Processo Administrativo nº 08700.003390/2016-60, que tratava de cartel no mercado nacional de fornecimento de tubos e conexões de policloreto de polivinila (“PVC”), para (i) obras de infraestrutura de saneamento (esgoto e água), e (ii) obras prediais e de construção civil, mas não foi seguida por nenhum dos Conselheiros que defendiam o uso da vantagem auferida, pois estes entenderam que não havia nos autos informações suficientes para a estimação.

Inclusive, o Conselheiro Braido, em voto oral durante o julgamento desse caso na 180ª Sessão Ordinária de Julgamento, apontou que o entendimento do Tribunal sobre vantagem auferida aplicava-se apenas a casos de cartel em licitações, pelas razões expostas acima.

Outro parâmetro que se repete em todos os casos analisados é a definição da vantagem auferida como sobrepreço. A justificativa mais detalhada para o uso dessa definição foi feita pela Conselheira Paula Azevedo no Processo Administrativo nº 08700.008612/2012-15:

Como já argumentado, é claro que a vantagem auferida por cartelistas tende a superar apenas o ganho pecuniário refletido no sobrepreço, mas, ainda assim, confiar no parâmetro pecuniário é uma medida conservadora que atende à objetividade e transparência que devem pautar a metodologia de cálculo de sanções pecuniárias. E, ao

⁸⁵ Voto do Conselheiro Braido nos Embargos de Declaração no PA nº 08700.008612/2012-15.

menos para casos de cartel, existe um consenso teórico sobre qual é a margem de sobrepreço usual.

Ou seja, o CADE reconheceu nos casos avaliados que a vantagem auferida é mais extensa e complexa que o simples sobrepreço causado pelo cartel, mas para atender o comando legal e, ao mesmo tempo, aplicar uma metodologia consistente, objetiva, eficaz e previsível, é necessário que se reduza o conceito de vantagem auferida ao simples sobrepreço causado pelo cartel.

Definido que a vantagem auferida é o sobrepreço dos cartéis para fins de cálculo das multas, é necessário determinar o valor do sobrepreço. Novamente, para evitar o uso de cálculos econométricos extensos, foram usados estudos, um realizado pela OCDE e o próprio Guia de Combate a Cartéis em Licitações do CADE, os quais estimam que o sobrepreço médio de cartéis em licitação seria por volta de 20%. A existência de estudos que estima o sobrepreço médio dos cartéis é um dos motivos para o uso desse parâmetro como definição a vantagem auferida.

Assim, essa porcentagem é aplicada sobre os valores das licitações vencidas pelas empresas para chegar à estimação da vantagem auferida por elas.

No Processo Administrativo nº 08700.000066/2016-90, entretanto, não foi aplicado nenhum dos parâmetros descritos acima, sendo que o único ponto comum entre esse caso e os outros quatro é o fato dele tratar de cartel em licitação. Nesse caso, o Conselheiro Sérgio Ravagnani entendeu que a vantagem auferida pela empresa Araguaia Indústria Comércio e Serviços Ltda seria o valor total dos pagamentos recebidos de seus concorrentes como compensação pela sua atuação no cartel, já que a empresa não venceu nenhum dos certames fraudados. Trata-se, portanto, de um caso excepcional, que se diferencia dos demais casos analisados nesse capítulo.

Outro caso excepcional foi o Processo Administrativo nº 08012.009732/2008-01, uma vez que a estimação da vantagem auferida não foi feita como o objetivo de determinar o caráter dissuasório da multa ou atender o comando legal, mas sim para permitir que o CADE calculasse a multa das Representadas nesse processo, pois não havia qualquer outro dado nos autos do processo que poderia ser usado como base de cálculo da multa.

Portanto, a regra que pode se extrair dos casos analisados, principalmente dos dois últimos caso, para a estimação e aplicação da vantagem auferida nas multas de cartel do CADE é:

- (i) identificam-se, com base nos autos, os contratos afetados pelo cartel durante todo o período da conduta;
- (ii) os valores dos contratos vencidos por cada empresa são somados para compor a respectiva base de cálculo;
- (iii) aplica-se sobre essa base um percentual de 20% de sobrepreço como estimativa, a não ser que existam dados específicos que permitem estimar de modo mais preciso o sobrepreço praticado;
- (iv) por fim, compara-se o valor obtido com as multas calculadas segundo o art. 37, I, da Lei 12.529/11 e, caso as multas calculadas sejam inferiores ao valor estimado, aplica-se o valor estimado como multa, mesmo que superior ao teto de 20% do faturamento bruto, visto que a vantagem auferida é o piso para multa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise realizada nesse trabalho, é possível perceber que a recente mudança de entendimento do Tribunal do CADE sobre a adoção da vantagem auferida na dosimetria das multas de cartel é motivada pela necessidade de conferir legalidade e de garantir o caráter dissuasório das suas decisões.

A intenção do CADE de conferir legalidade a dosimetria de suas multas fica clara ao analisarmos os fundamentos apresentados pelos Conselheiros para estimar e aplicar a vantagem auferida nos casos avaliados. Nos votos analisados, foi argumentado que como o art. 37, I da Lei 12.529/11 determina que a multa não pode ser inferior a vantagem auferida, quando for possível estimá-la. Então, entendeu-se que a autoridade tem o dever de primeiro verificar

a viabilidade da estimação da vantagem auferida no caso concreto para só depois afastar a sua aplicabilidade em decisão fundamentada.

Por outro lado, se for verificado que o CADE possui as informações suficientes no caso para estimar a vantagem auferida é obrigação da autoridade empreender esforços para calculá-la e, então, garantir que as multas aplicadas não são inferiores a estimação calculada.

Ademais, a garantia do caráter dissuasório das multas do CADE já pode ser verificada na própria definição de vantagem auferida. O legislador teve clara intenção de dissuadir a adoção de práticas que causem danos à ordem econômica ao estipular que as multas aplicadas sejam sempre superiores aos ganhos obtidos pelo agente econômico com a prática anticompetitiva.

A intenção do legislador e a necessidade do CADE de garantir o caráter dissuasório das multas foram usados como justificativas para a necessidade da adoção do piso da vantagem auferida, seguido o raciocínio acima, “se o valor da sanção pecuniária for inferior ao ganho obtido com a prática ilícita, a sanção pecuniária não surtirá o efeito punitivo e dissuasório que lhe é atribuído.”⁸⁶.

Destaco aqui que a preocupação com o caráter dissuasório das multas da autarquia tem sido refletida também em outros temas discutidos pelo Tribunal do

⁸⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo nº 08700.008612/2012-15. Representante: CADE *ex officio*. Representados: Attendy Artigos de Vestuário e Confecções Ltda., Brink Mobil Equipamentos Educacionais Ltda., Capricórnio S.A, Diana Paolucci S.A. Indústria e Comércio, Excel 3000 Materiais e Serviços Ltda., Libero Comercial Ltda., Mercosul Comercial e Industrial Ltda., NCR Uniformes Ltda., Nilcatex Têxtil Ltda., Tecelagem Guelfi Ltda., Abelardo Paolucci, Alexandre Costa dos Santos, Antonio Carlos Leskovar Borelli, Cláudio Roberto da Silva, Djalma da Silva Santos, Eldo Umbelino, Emerson da Silva, Erica Nunes dos Santos Lima, Ricardo Gonçalves Guerra, Jannivaldo Marques Santos, Júlio Manfredini, Kalvin Villela Brandão Paolucci, Márcio Nogueira Vignoli, Marcos Antônio Miranda da Silva, Maurício Paolucci, Mickael Villela Brandão Paolucci, Reinaldo Paolucci, Renato Borges Duarte, Roberto Giro Nakano, Silvio Carlos dos Santos e Valdemar Ábila. Relatora: Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira. Voto-Vogal: Conselheiro João Paulo de Resende. Disponível em: <
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?mYbVb954ULaAV-MRKzMwwbd5g_PuAKStTINGP-jtcH5MdmPeznqYAOxKmGO9r4mCfJITXxQMN01pTgFwPLudA3QuEtFBxXixLLA7yeie8tFa-ykE4R-dOu4KvrHfnww>. Acesso em 29 de abril de 2022

CADE, como a flexibilização da base de cálculo das multas⁸⁷, principalmente após a publicação da Revisão de Pares da OCDE⁸⁸.

Apesar da aderência ao princípio da legalidade e a garantia do caráter dissuasório das multas do CADE tenham sido as forças motoras por trás da mudança do entendimento do Tribunal nos casos analisados, percebe-se que os Conselheiros tentaram respeitar também outros princípios que regem o Direito Administrativo Sancionador, como o da isonomia e da segurança jurídica.

Na tentativa de endereçar os problemas apontados pelos Conselheiros divergentes, como a dificuldade de obtenção de dados suficientes para a realização da estimativa, irreplicabilidade das metodologias adotadas, foram adotadas várias simplificações e delimitações nos parâmetros adotadas para tentar formar uma metodologia objetiva para a estimação da vantagem auferida.

A definição da vantagem auferida do sobrepreço, a aplicação limitada a cartéis em licitações e o uso de porcentagens médias do sobrepreço, são exemplos dessas simplificações usadas para garantir que a adoção da estimação da vantagem auferida fosse isonômica entre os infratores e fosse de fácil replicação em casos futuros.

Entretanto, percebe-se que devido à preocupação principal com o caráter dissuasório da multa os casos analisados o princípio da proporcionalidade acabou ficando em segundo plano. Isso fica claro quando a autoridade optou por aplicar o valor da vantagem auferida como multa mesmo quando ela era superior ao teto de 20% do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração.

Ora, se o legislador tinha uma intenção ao estipular que a multa não poderia ser menor que a vantagem auferida, o mesmo pode ser dito em relação a delimitação desse teto.

⁸⁷ Vide Votos do Conselheiro Sérgio Ravagnani nos Requerimentos de TCC nº 08700.004648/2019-98, 08700.004140/2018-17, 08700.005718/2020-69 e 08700.004648/2019-98. Destaca-se que o Conselheiro Luis Braido seguiu o Conselheiro Ravagnani, mas não apresentou voto escrito.

⁸⁸ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência: Brasil**, 2019.

A sanção é uma medida dada pela autoridade do nível de reprovabilidade da conduta, assim ela deve ser suficiente para assegurar o seu caráter punitivo e dissuasório, mas também deve ser proporcional à culpabilidade do agente econômico. Desse modo, entende-se que houve um desequilíbrio entre esses dois fatores nas multas aplicadas nos casos analisados, devido a desconsideração do teto legal.

Ademais, multas excessivamente elevadas podem causar efeitos sociais e econômicos indesejáveis, pois podem prejudicar a saúde econômica das infratoras e levá-las a falência⁸⁹, o que, certamente, não deve ser o objetivo da autoridade antitruste.

Por fim, apesar do CADE tentar adotar uma metodologia consistente, objetiva e eficaz, para respeitar a isonomia e a segurança jurídica, até o momento, ela foi apenas aplicada em casos de cartéis em licitação relativamente simples, os quais afetaram um número pequeno de certames afetados.

Como já exposto, a conduta de cartel é extremamente variada e complexa, podendo ser implementada de inúmeras maneiras. Desse modo, é possível que o CADE, mesmo tentando adotar uma metodologia simplificada, não fosse capaz de replicá-la em cartéis em licitação mais complexos que afetassem um número elevado de certames ou que não tivessem um conjunto probatório extenso.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia de Combate a cartéis em licitação**. Brasília, 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia de Dosimetria de multas de cartel a cartéis em licitação**. Brasília, 2020

⁸⁹ WILS, Wouter P. J. Optimal Antitrust Fines. Theory and Practice. World Competition, v. 29, n. 2, jun. 2006. p.11. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=883102>. Acesso em: 29 de abril de 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica **Processo Administrativo nº 08012.010022/2008-16**. Representante: Ministério Público do Estado de São Paulo - MP/SP. Representados: Serra Leste Indústria Comércio Importação e Exportação Ltda.; SP Alimentação e Serviços Ltda.; Terra Azul Alimentação Coletiva e Serviços Ltda.; Sistol Alimentação de Coletividade Ltda.; Geraldo J. Coan e Cia Ltda.; Sha Comércio de Alimentos Ltda.; Nutriplus Alimentação e Tecnologia Ltda.; Convida Alimentação Ltda.; Comercial Milano do Brasil Ltda.; Erj Administração e Restaurantes de Empresas Ltda.; Verdurama Comércio Atacadista de Alimentos Ltda.; Ceazza Distribuidora de Frutas, Verduras e Legumes Ltda.; Amauri Ferreira Leonel; Bárbara Stein; Bartolomeu Vasconcelos Silva Filho; Cristiane Vetturi; Eloízo Afonso Gomes Durães; Fabiana Piccinali; Fabricio Arouca de Nadai; Gustavo Guerra Villaça; Ignácio de Moraes Júnior; Italo Bacchi Filho; José Carlos Geraldo; Marco Aurélio Ribeiro da Costa; Maria Helena de Angelis; Olésio Magno de Carvalho; e Valdomiro Francisco Coan. Relatora: Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica **Processo Administrativo nº 08700.000066/2016-90**. Representante: CADE *ex officio*. Representados: Araguaia Indústria Comércio e Serviços Ltda. – EPP; Corning Comunicações Ópticas S.A.; Corning Incorporated; Quadrac Telecomunicações e Informática Ltda.; Redex Telecomunicações Ltda.; Tyco Electronics Brasil Ltda.; Álvaro Rodrigo Gamberre Peña; Andrea Petisco; Edison Agostinho; Efraim Santos Filho; Hélio Gomes de Oliveira; João Antônio César; José Manoel Silva da Costa; José Santos Calvo Sebastián; Marcelo Ferreira da Rosa; Marcelo Miguel Ortiz D’Elia; Marlison Luiz de Azevedo; e Rogério Diniz. Relatora: Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, **Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51**. Representante: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. Representados: Liquigás Distribuidora S/A (antiga Tropigás - Liquigás Distribuidora S/A), Supergasbrás Energia Ltda. (antiga Minasgás Distribuidora de Gás Combustível Ltda.), Paragás Distribuidora Ltda. Relatora: Conselheira Cristiane Alkmin

Junqueira Schmidt. Voto-Vogal: Conselheiro João Paulo de Resende. Disponível em: <

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_e_xterna.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yNVR2eCRWIDaO97X06Rq-cjidxIAkuixh2N9e6hloxFAIrum2mEXc6nt1jdMdk2ZO52LVq77n1SyqRr5ugtz4MU>. Acesso em 02 de maio de 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, **Processo Administrativo nº 08700.004455/2016-94**. Representante: Superintendência Regional da Polícia Federal no Estado do Pernambuco (“SR/DPF/PE”). Representados: Comercial Armarinho Oliveira Ltda. ME, Infocrefe Comércio de Informática e Papelaria Ltda. ME, T.E Papelaria Comercial Ltda. ME, L. de Oliveira Logística – ME, Livraria e Papelaria Boa Vista Ltda., Livraria e Papelaria Leal Dantas Ltda., SR de Carvalho Dantas – ME, Artshop Comércio Ltda., OEC Organização de Empresas e Contabilidade Ltda., Paulo Sérgio Costa da Purificação – ME, Sr. Luís de Oliveira, Sr. Sérgio Ricardo de Carvalho Dantas, Sr. Evaldo Soares de Lima, Sr. Sérgio Roberto Ramos de Melo e Sr. Paulo Sérgio Costa da Purificação. Relator Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, **Processo Administrativo nº 08700.008612/2012-15**. Representante: CADE *ex officio*. Representados: Attendy Artigos de Vestuário e Confecções Ltda., Brink Mobil Equipamentos Educacionais Ltda., Capricórnio S.A, Diana Paolucci S.A. Indústria e Comércio, Excel 3000 Materiais e Serviços Ltda., Libero Comercial Ltda., Mercosul Comercial e Industrial Ltda., NCR Uniformes Ltda., Nilcatex Têxtil Ltda., Tecelagem Guelfi Ltda., Abelardo Paolucci, Alexandre Costa dos Santos, Antonio Carlos Leskovar Borelli, Cláudio Roberto da Silva, Djalma da Silva Santos, Eldo Umbelino, Emerson da Silva, Erica Nunes dos Santos Lima, Ricardo Gonçalves Guerra, Jannivaldo Marques Santos, Júlio Manfredini, Kalvin Villela Brandão Paolucci, Márcio Nogueira Vignoli, Marcos Antônio Miranda da Silva, Maurício Paolucci, Mickael Villela Brandão Paolucci, Reinaldo Paolucci,

Renato Borges Duarte, Roberto Giro Nakano, Silvio Carlos dos Santos e Valdemar Ábila. Relatora: Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, **Processo Administrativo nº 08012.009732/2008-01**. Representante: Procuradoria da República no Município de Resende - Estado do Rio de Janeiro. Representados: Santa Maria Comércio e Representação Ltda. (CNPJ nº 03.737.267/0001-54), Leal Máquinas Ltda. (CNPJ nº 25.181.298/0001-04), Klass Comércio e Representação Ltda. (CNPJ nº 02.332.985/0001-88), Francisco Canindé da Silva ME (CNPJ nº 04.809.827/0001-00), Vedovel Comércio e Representação Ltda. (CNPJ nº 04.717.662/0001-01), Planam Comércio e Representação Ltda. (CNPJ nº 37.517.158/0001-43), Esteves e Anjos Ltda. Me (CNPJ nº 02.704.301/0001-21), Frontal Ind e Com de Móveis Hospitalares Ltda. (CNPJ nº 01.140.694/0001-25), Luiz Antônio Trevisan Vedoin (CPF nº 594.563.531-68), Darci José Vedoin (CPF 091.757.251-34), Helen Paula Duarte Cirineu (CPF nº 706.057.181-72) e Alessandra Trevisan Vedoin (CPF nº 531.391.191-00). Relatora: Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.008612/2012-15**. Representante: CADE *ex officio*. Representados: Attendy Artigos de Vestuário e Confecções Ltda., Brink Mobil Equipamentos Educacionais Ltda., Capricórnio S.A, Diana Paolucci S.A. Indústria e Comércio, Excel 3000 Materiais e Serviços Ltda., Libero Comercial Ltda., Mercosul Comercial e Industrial Ltda., NCR Uniformes Ltda., Nilcatex Têxtil Ltda., Tecelagem Guelfi Ltda., Abelardo Paolucci, Alexandre Costa dos Santos, Antonio Carlos Leskovar Borelli, Cláudio Roberto da Silva, Djalma da Silva Santos, Eldo Umbelino, Emerson da Silva, Erica Nunes dos Santos Lima, Ricardo Gonçalves Guerra, Jannivaldo Marques Santos, Júlio Manfredini, Kalvin Villela Brandão Paolucci, Márcio Nogueira Vignoli, Marcos Antônio Miranda da Silva, Maurício Paolucci, Mickael Villela Brandão Paolucci, Reinaldo Paolucci, Renato Borges Duarte, Roberto Giro Nakano, Silvio Carlos dos Santos e Valdemar Ábila. Relatora: Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira. Voto-Vogal: Conselheiro João Paulo de Resende.

Cade lança guia sobre recomendações probatórias para acordos de leniência. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**, 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-lanca-guia-sobre-recomendacoes-probatorias-para-acordos-de-leniencia>>. Acesso em 22 de abril de 2022.

Cade lança guia prático para auxiliar agentes de contratação a prevenirem e identificarem cartéis em licitações públicas **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**, 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-lanca-guia-pratico-para-auxiliar-agentes-de-contratacao-a-prevenirem-e-identificarem-carteis-em-licitacoes-publicas>>. Acesso em: 22 de abril de 2022.

Cade publica Guia de Combate a Cartéis em Licitação. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**, 2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-publica-guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao>>. Acesso em: 22 de abril de 2022.

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

CONNOR, John M.; LANDE, Robert H. **Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines: 3 Issues in Competition Law and Policy**. ABA Section of Antitrust Law, 16 out. 2008, p. 2203-2204. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1285455>. Acesso em: 29 de abril de 2022.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

GICO JUNIOR, Ivo T. **Cartel: teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex, 2007.

HOVENKAMP, Herbert. **The antitrust enterprise: principles and execution**. Massachusetts: Harvard University Press, 2005;

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Singular, 2013.

MENDES, Francisco Schertel. **O controle de condutas no direito concorrencial brasileiro: características e especificidades**. Data da defesa: 8-5-2013. Dissertação (Mestrado). Universidade de Brasília. Brasília, 2012.

NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. Madrid: Tecnos, 2006

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective, Sanctions and Leniency Programmes, 2002**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>> Acesso em 26 de abril de 2022.

_____ **Hard Core Cartels: Third report on the implementation of the 1998 Council Recommendation**. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/cartels/35863307.pdf>. Acesso em: 27 de abril de 2022

_____ **Recommendations & Best Practices: Recommendation of the Council Concerning Effective Action against Hard Core Cartels, 1998**

_____ **Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência: Brasil, 2019**.

SANTOS, Flávia Chiquito dos., **Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

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

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

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011