

Vol. 5

Nº 1

2017 - Maio

Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



2318 2253

Interpretação e aplicação dos critérios para fixação das multas às infrações econômicas

Doshin Watanabe¹⁷⁴

RESUMO

O presente artigo analisará os principais aspectos relativos à aplicação dos critérios do art. 45 da Lei 12.529/2011 para a fixação de penalidades pecuniárias pelo CADE. Fundamenta-se nas considerações doutrinárias e principalmente na casuística adotada pelos conselheiros na jurisprudência dos processos administrativos relativos aos cartéis mais emblemáticos e em que foram aplicadas as maiores multas. Começa definindo os contornos legais da sanção de multa, em seguida analisa os dois principais métodos para interpretar o conjunto de critérios do artigo 45 e faz a interpretação pormenorizada de todos os incisos desse dispositivo e dos demais parâmetros extraídos de decisões condenatórias do CADE. Por fim, conclui que: (i) o método de interpretação do direito penal econômico não é o mais adequado ao sistema antitruste brasileiro; (ii) é comum que cada critério ora se configure como agravante e ora como atenuante; (iii) o rol do art. 45 não é taxativo.

Palavras-chave: Multas; Penalidade pecuniária; Interpretação; Aplicação; Critérios; Métodos; Artigo 45; Lei 12.529/2011; CADE.

ABSTRACT

This article analyzes the main aspects related to the application of the criteria presented by the 45th article of Brazilian Law number 12.529/2011 for the establishment of pecuniary penalties by CADE. The following text is based on the legal doctrinal considerations and especially on the casuistry adopted by the counselors of CADE in the jurisprudence of the administrative processes related to the most emblematic cartels and on which the highest fines were imposed. It begins by defining the legal contours of the fine penalty. Then it analyzes the two main methods to interpret the set of criteria of the 45th article and makes a detailed interpretation of its aspects and the other parameters extracted from CADE's condemnatory decisions. Finally, it concludes that: (i) the method of interpretation of economic criminal law is not the most appropriate for the Brazilian antitrust system; (ii) it is common for each criterion to be both aggravating and sometimes mitigating; (iii) the list of the 45th article is not exhaustive.

Keywords: Fines; Penalty; Pecuniary; Interpretation; Application; Criteria; Methods; Article 45; Law 12.529/2011; CADE.

Classificação JEL: K21

¹⁷⁴ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós-graduando em Processo Civil no Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Ex-participante da 37ª edição do Programa de Intercâmbio do CADE (PINCADE, 2017). Advogado em Justen, Pereira, Oliveira e Talamini – Sociedade de Advogados.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A penalidade pecuniária (artigo 37 da Lei 12.529/2011). 3. Os dois principais métodos de aplicação dos critérios para fixação das multas. 3.1. Método multifásico – linha interpretativa do Direito Penal Econômico. 3.2. Método monofásico – linha interpretativa do Direito Concorrencial Autônomo. 4. Exegese dos critérios para fixação das multas (artigo 45 da Lei 12.529/2011). 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A aplicação de multas é o principal instrumento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) para punir as infrações econômicas, ao lado das soluções negociadas via Acordos de Leniência e Termos de Compromisso de Cessação (TCC).

Nesse contexto e levando em consideração o aumento generalizado das multas aplicadas pelo CADE em ilícitos anticoncorrenciais¹⁷⁵, a necessidade de respeito às garantias dos investigados ganha categórica importância, em especial a tutela ao exercício da ampla defesa e à efetivação do contraditório pleno (corolários do devido processo legal - art. 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal).

Além desses dois direitos essenciais, a razoabilidade e proporcionalidade (mandamentos constitucionais expressamente positivados no artigo 2º da Lei 9.784/1999) também se destacam como parâmetros de observância obrigatória na estipulação da sanção aos agentes infratores.

Tais garantias só serão substancialmente efetivadas através de um processo administrativo sancionador que assegure certo grau de previsibilidade para o investigado. E esse objetivo se aperfeiçoa na medida em que a punição é orientada por critérios objetivos, certos, isonômicos e previamente definidos, sempre de forma transparente.

Trata-se de lição clássica, extraída da teoria geral do direito penal e baseada no princípio da legalidade (artigo 5º, inc. XXXIX da CF), com diretrizes que incidem perfeitamente tanto ao processo administrativo sancionador em geral como para o

¹⁷⁵ Enquanto nos anos de 2002 a 2004 o CADE aplicou, no total, multas por infrações econômicas (condutas) da ordem de 16,7 milhões de reais, as multas por condutas anticompetitivas, somente no ano de 2015, alcançaram o valor de 286,8 milhões de reais. Deste total, 179,7 milhões em condenações de cartéis. Isso significa que no decorrer de 11 anos o valor das multas aplicadas pelo CADE se tornou aproximadamente 15 vezes maior. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. *Relatórios de gestão dos exercícios de 2007 e 2015*. Brasília: março de 2008 e 2016.

processo administrativo moldado e vocacionado à punição das infrações do direito da concorrência.

Nesse sentido e com o escopo de aperfeiçoar a aplicação das multas, garantir a isonomia e aumentar a segurança jurídica dos investigados, autoridades antitruste como a Comissão Europeia já editaram e adotaram cartilhas de orientações como forma de autorregular e autolimitar a sua própria discricionariedade na fixação das multas¹⁷⁶.

O CADE não possui nenhuma normativa ou documento oficial que oriente ou vincule os conselheiros nesse sentido, no momento da prolação das decisões condenatórias¹⁷⁷. Não obstante, a individualização e a dosimetria na estipulação da pena são enumeradas expressamente como requisitos obrigatórios da estrutura das decisões do Tribunal Administrativo (art. 161, inc. III do Regimento Interno do CADE).

Em princípio, admite-se que há certa margem de discricionariedade (técnica ou não¹⁷⁸) para que o CADE fixe a multa entre os patamares mínimos e máximos indicados na lei.

Isso porque certo grau de oportunidade e conveniência está intimamente relacionado à atribuição institucional de conduzir uma política de defesa da concorrência, cujo pilar intrínseco consiste em poder avaliar qual grau de deterrência deve ser imprimido às infrações antitruste, através das multas¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Cf. UNIÃO EUROPEIA. *Orientações para o cálculo das multas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento(CE) n.º 1/2003*. Jornal Oficial n.º C 210/2 de 01/09/2006. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52006XC0901\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52006XC0901(01)&from=EN)>.

¹⁷⁷ É onde se encontra a maior dificuldade na sistematização da dosimetria das multas: os critérios do art. 45 da Lei 12.529/2011 ficam circunscritos à subjetividade do julgador, seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial. O Regimento Interno do CADE não traz solução para essa abertura da lei às interpretações flexíveis e assistemáticas.

¹⁷⁸ Reputa-se que a discussão sobre a existência e aplicabilidade do conceito de discricionariedade técnica extrapola o escopo deste artigo, que prioriza uma abordagem mais prática do que teórica. Para maior aprofundamento, cf. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>.

¹⁷⁹ Nesse sentido já se pronunciou a doutrina europeia: “O fato de a Comissão [autoridade antitruste], no passado, ter imposto multas fixadas em valor específico para certas categorias de infrações não pode impedi-la de passar a fixar as multas em um nível mais elevado, se considerar isso necessário para assegurar a aplicação efetiva da política de concorrência. A Comissão pode, a qualquer momento, ajustar o nível das multas se a aplicação adequada das regras concorrenciais assim o exigir, uma vez que isso se justifica pelo objetivo da prevenção geral” (tradução livre do inglês: “Accordingly, the fact that the Commission in the past has imposed fines set at a specific level for certain categories of infringements cannot prevent it from setting fines at a higher level, if raising penalties is deemed necessary in order to ensure implementation of competition policy. The Commission may at any time adjust the level of fines, if proper application of the competition rules so requires, since it may then be regarded as justified by the objective of general prevention.”). PAZ, José Carlos L. de. *Understanding the limits of judicial review in European competition law*. *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 2, No. 1 (2014), p. 220.

Inobstante, essa margem de discricionariedade não deve ser confundida (ou subvertida) e se transformar em arbitrariedades e violações da legalidade em sentido amplo.

Por isso, reputa-se fundamental traçar algumas linhas gerais acerca da metodologia de aplicação das multas, bem como sobre a forma como cada critério do art. 45 da Lei 12.529/2011 é interpretado pela doutrina jurídica e pela jurisprudência do CADE.

Para esse fim, a seleção de julgados em análise foi orientada por um norte específico: buscou-se analisar os casos envolvendo os cartéis mais emblemáticos e os que foram sancionados com as multas mais elevadas até o momento.

Esses foram os critérios qualitativos escolhidos para a análise por amostragem.

Em cada um dos casos selecionados houve análise minuciosa da fundamentação adotada pelos conselheiros na aplicação do artigo 45.

Adiante, buscar-se-á contextualizar, expor o fundamento legal e verticalizar as características da penalidade pecuniária (multa) como a principal sanção aplicada pelo CADE. Em seguida, será feita a exposição dos dois principais métodos de interpretação do artigo 45.

Por fim, realiza-se a exegese e a sistematização dos critérios adotados pelo CADE, sempre com o objetivo de precisar o conteúdo das expressões e conceitos contidos em cada fator de fixação da multa.

Como alguns incisos veiculam hipóteses demasiado genéricas, reputa-se que essa tarefa interpretativa esclarecerá o âmbito de incidência de alguns critérios que contêm conceitos jurídicos indeterminados¹⁸⁰, tornando a sua aplicação mais concreta e delimitada para os operadores do direito antitruste.

2. A penalidade pecuniária (artigo 37 da Lei 12.529/2011)

As penalidades aplicáveis em razão da prática das infrações do artigo 36 da Lei estão concentradas nos artigos 37 e 38¹⁸¹ da Lei 12.529/2011.

¹⁸⁰ “Quando a lei adota um conceito jurídico indeterminado, visa a produzir uma solução que seja adaptável à realidade e suscetível de controle. Isso decorre de que o conceito jurídico indeterminado é determinável, para utilizar a expressão de Eros Grau. A possibilidade de determinação do conteúdo do conceito é o instrumento de controle sobre a escolha do aplicador”. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 11ª ed., 2015, p. 236.

¹⁸¹ O artigo 38 trata das chamadas sanções alternativas, que consistem em: (i) veiculação de extrato da decisão condenatória em jornal; (ii) proibição de participar em licitações e contratar com instituições

Como decorrência do escopo do presente artigo, a análise estará circunscrita à penalidade pecuniária (art. 37). Afinal, trata-se da medida mais tradicional e usual de repressão às infrações antitruste¹⁸², de aplicação predominante tanto no âmbito do CADE como em outros órgãos internacionais¹⁸³.

Reconhecer sua prevalência não implica afirmar que as outras medidas sejam inócuas. Ao contrário, muitas das penalidades alternativas têm maior potencial repressivo, podendo causar até mesmo a bancarrota do infrator – é o caso da proibição de exercer o comércio e participar de licitações. No entanto, o histórico jurisprudencial do CADE traz poucos casos em que essas sanções alternativas tenham sido efetivamente aplicadas¹⁸⁴, com exceção da penalidade de publicação de extrato da decisão em jornal.

Ademais, as multas previstas nos artigos 39 a 44 da lei não serão analisadas neste trabalho, pois estão ligadas a infrações secundárias e servem principalmente para coagir os investigados ao cumprimento das obrigações impostas no decorrer do processo administrativo, bem como puni-los pelo descumprimento de medidas preventivas, termos de compromisso de cessação (TCC) e pela inobservância de deveres de informação.

financeiras oficiais, em todos os níveis da federação; (iii) inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; (iv) recomendações para concessão de licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator e a não concessão de benefícios tributários; (v) imposição de medidas de reestruturação societárias e determinação de cessação parcial da atividade empresarial; (vi) proibição de exercer comércio; (vii) outros atos ou providências, necessários para eliminação dos efeitos negativos à concorrência e que não estejam previstos nos demais incisos do rol.

¹⁸² Esse papel fundamental e importância ímpar da multa decorrem de dois atributos. Primeiro, a praticidade que advém de sua natureza pecuniária: a multa, ao contrário das sanções alternativas do artigo 38, não demanda a adoção de maiores providências para sua execução – definido seu valor, é feita a cobrança. Segundo, a sua imediatividade: a multa gera impacto econômico imediatamente aferível para quem pratica o ilícito. Com isso, neutraliza o lucro ilicitamente auferido ao mesmo tempo em que desestimula a prática de novos ilícitos (contanto que seu valor supere a vantagem obtida pelo infrator).

¹⁸³ A aplicação de multas é reconhecida como o principal instrumento de execução da política concorrencial no âmbito da União Europeia: “*Em última análise, o poder de impor multas pode ser considerado um meio conferido à Comissão Europeia para executar uma política concorrencial de caráter geral*” (tradução livre do inglês: “*Ultimately, the power to impose fines can be regarded as a means conferred on the Commission to carry out a general competition policy*”). PAZ, José Carlos L. de. Cit., p. 204.

¹⁸⁴ Essa timidez provavelmente é resultado da maior dificuldade de adequação dessas medidas ao crivo da proporcionalidade. Enquanto a multa tem seus parâmetros definidos no artigo 37, as demais sanções têm critérios de aplicação menos tangíveis. Além disso, as sanções não pecuniárias são mais graves e exigem motivação distinta para sua aplicação: “*A imposição de penalidades pecuniárias decorre da configuração do ilícito concorrencial. As sanções não pecuniárias descritas no artigo 38 representam punição adicional ao infrator e são permitidas apenas quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral. Necessário, portanto, que a motivação do ato administrativo que determinar tais sanções seja distinta e mais grave que as razões que fundamentaram as penalidades pecuniárias descritas no artigo 37.*” FARACO, Alexandre Ditzel; MARTINEZ, Ana Paula; JASPER, Eric Hadmann. *Sanções não pecuniárias por infrações contra a ordem econômica*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 9-40, abr./jun. 2014.

Feitas essas considerações a respeito do enfoque do tema a ser abordado, passamos a analisar o artigo 37 da Lei 12.529/2011, onde está prevista a aplicação da penalidade pecuniária pela prática do ilícito antitruste:

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)¹⁸⁵ do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; (destaques e grifos nossos)

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

III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.¹⁸⁶

§ 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.

Em síntese, verifica-se que a sanção pecuniária pode ser aplicada: (i) à empresa que praticou a infração; (ii) para as demais pessoas físicas ou jurídicas que, embora não desenvolvam atividade empresarial, tenham contribuído e sejam responsáveis pela prática da infração (independentemente da natureza jurídica e regime jurídico da entidade

¹⁸⁵ O antigo artigo 23, inciso I da Lei 8.884/94 (que previa multa de até 30% do faturamento bruto no último exercício, excluídos os impostos), foi questionado no âmbito da ADIN n.º 1094-8. Na ocasião, alegou-se que a multa no percentual de 30% teria caráter confiscatório. O argumento foi rejeitado pelo STF em sede de análise liminar. Reputa-se que isso prejudica (por ora) qualquer alegação de inconstitucionalidade do percentual máximo previsto no dispositivo equivalente da lei vigente.

¹⁸⁶ Eduardo Reale Ferrari e Dalton Tria Cusciano, ao analisar o artigo equivalente da lei antitruste anterior (artigo 23, inciso II, Lei 8.884/94) que previa multa de 10 a 50% do valor da multa aplicada à empresa, consignaram que aquele dispositivo teria caráter confiscatório. Destacaram que nem sempre o “administrador” será o chefe executivo ou diretor geral da empresa, mas pode ser um mero funcionário de escalão comercial. Nesta última hipótese, entendem que a aplicação da multa nesses patamares seria confiscatória. Defendem ainda que a vinculação entre a multa da empresa e a do administrador viola a proporcionalidade e a individualização da pena. Cf. FERRARI, Eduardo R.; CUSCIANO, Dalton T. *A multa administrativa antitruste e a sua natureza de confisco pessoal*. Revista do IBRAC. São Paulo, vol. 16/2009, jan. 2009, p. 273 – 288. Reputa-se que essa reflexão ainda merece atenção, embora a Lei 12.529/2011 tenha readequado os parâmetros aplicáveis ao administrador e flexibilizado a dosimetria da pena.

responsável pela prática do ilícito); (iii) para o administrador vinculado à empresa ou à entidade não empresarial responsável pela infração, desde que comprovada culpa ou dolo.

Os dois parágrafos do dispositivo acima transcrito trazem as hipóteses: (i) da multa em dobro para os casos de reincidência e (ii) da multa calculada com base no faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando indisponível o valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração.

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

Se as multas aplicadas forem menores que a vantagem auferida, é evidente (sob o ponto de vista do comportamento econômico racional) que os agentes econômicos serão incentivados à prática do ilícito¹⁸⁷, desde que isso também seja viável na estrutura do mercado relevante.

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

Esse raciocínio pode ser expresso pela seguinte fórmula (meramente ilustrativa):

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

I = variável de incentivo para a prática do cartel;

E = variável da estrutura do mercado

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

P = probabilidade de descoberta e condenação¹⁸⁸; $0 < P < 1$

¹⁸⁷ Alerta feito de forma categórica na obra de João Bosco Leopoldino da Fonseca: “As penas não poderiam ser leves, porque, se o fossem, seriam um incentivo para descumprir a lei: seria mais interessante pagar as multas (se suaves) e continuar infringindo a lei.” LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. Lei de proteção da concorrência (Comentários à Legislação Antitruste). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 277. No mesmo sentido: “(...) a multa não pode ser inferior à vantagem auferida, (...) sob pena de se anular o efeito repressivo que deve ter a aplicação da lei de defesa da concorrência em matéria de controle de condutas.” ANDERS, Eduardo C.; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (coord.). Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 151-152.

¹⁸⁸ “A teoria econômica sugere que apenas 10 a 33% dos cartéis ilegais são capturados. Connor e Lande (2006) citam várias pesquisas que indicam probabilidades de detecção entre 10 e 33 por cento. Uma pesquisa feita por Combe et al. (2008) para o mercado europeu resultou em probabilidades entre 12,9 e 13,3 por cento.” (tradução livre do inglês: “Economic theory suggest that only 10-33 percent of illegal cartels are caught. Connor and Lande (2006) cite several surveys that state probabilities of detection between 10 and 33 percent. A survey by Combe et al. (2008) for the European Market results in probabilities between

M = multa aplicável; M > 0

Como a lei não impõe nenhum tipo de multa adicional para fins de desestímulo, nada impede que a multa seja equivalente à vantagem auferida (não haveria ilegalidade).

Não obstante, o raciocínio aqui desenvolvido revela que nesse caso os infratores não seriam desestimulados à prática do cartel. Afinal, é faticamente impossível que a probabilidade de descoberta e condenação do cartel alcance 100%, pois as autoridades antitruste não são oniscientes.

Desse modo, a variável “*P*” sempre potencializará os lucros ilícitos (*L*), e conseqüentemente o incentivo do agente econômico à prática do ilícito (*I*). Assim, constata-se que o efeito dissuasório¹⁸⁹ não é alcançado tão somente com a vedação à fixação da multa em valor inferior à vantagem auferida (artigo 37, inc. I). Esse é um aspecto crucial (e talvez o mais controvertido¹⁹⁰) no sistema de fixação de multas delineado pela Lei 12.529/2011. Atentos a essa problemática¹⁹¹, outros sistemas antitrustes já desenvolveram alguns mecanismos para assegurar o efeito dissuasório no momento de fixação das multas.

12.9 and 13.3 percent”). SMUDA, Florian. Cartel Overcharges and the Deterrent Effect of EU Competition Law. ZEW - Centre for European Economic Research, Discussion Paper No. 12-050, 2012.

¹⁸⁹ Livre tradução da expressão “*deterrent effect*”, utilizada com frequência pela doutrina antitruste internacional.

¹⁹⁰ Durante a gratificante experiência do autor deste artigo como intercambista da 37ª edição do Programa de Intercâmbio do CADE (PINCADE), foram especialmente marcantes as considerações feitas pelos Conselheiros nas sessões de julgamento a respeito da dificuldade em estimar, calcular e dar concreção à “*vantagem auferida*” do artigo 37, inciso I. A problemática surge principalmente em razão: (i) da ausência de consenso sobre qual valor refletiria com precisão eventual vantagem auferida e (ii) da fluidez e imprecisão dos valores eventualmente obtidos, que variam a depender do instrumental econômico adotado para calcular esse montante. Vale mencionar também que a cogência desse comando pode ser posta em xeque ao considerarmos os contornos do termo de compromisso de cessação, cujos valores, a serem pagos pelo investigado interessado na sua celebração, são fixados e aceitos por “*juízo de conveniência e oportunidade*” (artigo 85 da Lei 12.529/2011).

¹⁹¹ Essa mesma dificuldade já foi externada pela International Competition Network (ICN), entidade que agrega diversas autoridades antitruste em nível global: “*A fim de alcançar uma dissuasão eficaz e supondo que as sanções pecuniárias são as únicas sanções disponíveis, teoricamente o montante total dessas sanções deve ser superior ao lucro adicional obtido pelo cartel multiplicado pela probabilidade de detecção. No entanto, o primeiro desses dois elementos é difícil de calcular, e para o segundo só existem estimativas cuja correspondência com a realidade é impossível de verificar*”. (livre tradução do inglês: “*In order to achieve effective deterrence and supposing that pecuniary sanctions are the only sanctions available, in theory the total amount of such sanctions should be more than the excess profit achieved by the cartel multiplied by the likelihood of detection. However, the first of these amounts is difficult to calculate, and for the second only estimates exist whose correspondence with reality is impossible to ascertain*”). INTERNACIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). *Setting of fines for cartels in ICN jurisdictions: report to the 7th ICN Annual Conference*. Kyoto: april 2008, p. 5. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc351.pdf>>.

A título de exemplo, podemos citar a cartilha de orientações editada pela União Europeia para sistematizar o método de fixação das multas antitruste (Guidelines on the method of setting fines, 2006).

Nela está previsto expressamente que a autoridade antitruste (Comissão Europeia) deverá adicionar entre 15 e 25% no montante base da multa, com a específica finalidade¹⁹² de “dissuadir as empresas de participarem até mesmo em acordos horizontais de fixação de preços, de repartição de mercado e de limitação de produção”¹⁹³.

Com isso, percebe-se que as legislações e autoridades antitruste enxergam o efeito dissuasório como o principal objetivo de uma política efetiva de combate aos cartéis.

Apesar disso, estudos econômicos vêm apontando que os instrumentos comumente aplicados para imprimir efeito dissuasório às multas não têm sido suficientes para desincentivar os atos colusivos, mesmo em sistemas com diretrizes mais estruturadas e consolidadas¹⁹⁴.

¹⁹² Ao analisar todos os passos previstos nesse regramento para o cálculo da multa, Damien Geradin destaca a finalidade específica desse adicional, intitulado “*taxa de entrada*” (“*entry fee*”): “*No cálculo da multa, a Comissão pode acrescentar um montante suplementar ao montante variável: os dois elementos constituem, em conjunto, o montante base. Esse montante extra é definido entre 15% e 25% do valor das vendas e é conhecido como a ‘taxa de entrada’.* Seu objetivo principal é dissuadir as empresas de até mesmo cogitar em ingressar no comportamento ilegal (ou seja, impedindo-as de praticar o ilícito “para ver o que acontece”). A ‘taxa de entrada’ não é multiplicada pelo número de anos de participação na infração. É comumente aplicada aos participantes de cartéis hardcore.” [tradução livre do inglês: “*When calculating the fine, the Commission can add an extra sum to the variable amount: the two components together form the basic amount. This extra sum is set between 15% and 25% of the value of sales and is known as the ‘entry fee’.* Its main purpose is to deter undertakings from even entering into illegal behaviour (i.e., preventing them from participating “to try and see”). The “entry fee” is not multiplied by the number of years of participation in the infringement. It is commonly imposed on hardcore cartel participants.”]. GERADIN, Damien. *The EU Competition Law Fining System: a reassessment*. Discussion Paper, Tilburg Law and Economics Center, October 2011, p. 9-10.

¹⁹³ Cf. ponto 25 da Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003 (versão em Português/PT).

¹⁹⁴ Estudo econométrico realizado por Florian Smuda sobre o sobrepreço dos cartéis e as respectivas multas aplicadas pela Comissão Europeia constatou que dois (2) em cada três (3) cartéis multados acabaram sendo lucrativos. Ao final, o autor concluiu pela ausência de efeito dissuasório nas multas aplicadas: “*A evidência empírica sugere que o atual nível das multas das diretrizes da UE é muito baixo para impedir eficazmente as empresas de praticarem cartéis. As sanções do cartel devem se basear no princípio da dissuasão, o que implica que as penas esperadas devem superar os ganhos provenientes da fixação dos preços. Considerando as informações sobre os níveis de sobrepreço, a duração dos cartéis ilegais e recentes na Europa, e a probabilidade de descoberta extraída de diversas fontes, chegamos à conclusão de que não é isso o que acontece. Por conseguinte, não é possível obter uma dissuasão eficaz com o nível atual das multas, o que sugere a necessidade de futuros ajustes nas diretrizes da UE.*” (tradução livre do inglês: “*empirical evidence suggests that the current existing fine level of the EU Guidelines is too low in order to effectively prevent firms from cartel participation. Cartel sanctions should be based on the principle of deterrence, implying that expected punishments should outweigh the gains from price-fixing. With given information on overcharge levels and cartel durations of recent illegal cartels in Europe and results on the probability of detection from other sources we come to the conclusion that this is not the case. Hence, effective deterrence is not achievable with the current level of fines, suggesting further adjustments of the European Guidelines*”). SMUDA, Florian. Cit, p. 20-22.

Diante dessa dificuldade, o comando contido na parte final do inciso I do artigo 37 (vedando multa em valor inferior à vantagem auferida pelo infrator) e os critérios do artigo 45 da lei são fundamentais para avaliarmos a efetividade, legitimidade e proporcionalidade das multas aplicadas no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

3. Os dois principais métodos de aplicação dos critérios para fixação das multas

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

3.1. Método multifásico – linha interpretativa do Direito Penal Econômico

O primeiro método enxerga os critérios do art. 45 sob a ótica do direito penal econômico¹⁹⁵. A principal característica desse método consiste no cálculo da pena por fases, partindo de um mínimo legal para em seguida analisar as agravantes e atenuantes. Além disso, a interpretação penalista traz consigo; (i) a rigidez na interpretação do tipo e (ii) a rejeição da aplicação analógica.

Representando essa linha interpretativa, afirma FRANCESCHINI (1985, p. 328):

“Cumpro, portanto, na exegese dos dispositivos legais antitruste, examiná-los sob o prisma da hermenêutica das normas penais, caracterizada pela rigidez de interpretação do tipo e pela inadmissibilidade da aplicação analógica, sem que tal implique em interpretações canhestras e literais (...)”¹⁹⁶

No âmbito do CADE, essa perspectiva se revela principalmente nos julgados que calcularam a multa por fases¹⁹⁷. Nesse método, aplica-se a pena base para em seguida aumentar ou reduzir gradativamente a multa para cada agravante ou atenuante contabilizada. Muitas vezes, parte-se do mínimo legal e se atribui um percentual fixo e

¹⁹⁵ As raízes dessa perspectiva no sistema brasileiro estão centradas nas teorizações do jurista José Inácio Franceschini, que defende uma hermenêutica penalista das normas concorrenciais punitivas.

¹⁹⁶ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *A lei antitruste brasileira e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE: alguns aspectos*. Brasília: R. inf. legisl., a. 22, n. 88, out/dez de 1985, p. 328.

¹⁹⁷ Cf. CADE. Voto do Conselheiro Relator Luís Fernando Rigato. PA 53500.003888-2001 (Cartel da TV por Assinatura). Proferido em 24/08/2005, fls. 48-50; Voto do Conselheiro Relator Carlos Emmanuel J. Ragazzo. PA 08012.004702/2004-77 (Cartel dos Peróxidos). Proferido em 09/05/2012, fls. 175-180; Voto do Conselheiro Relator Luiz Alberto Esteves. PA 08012.004086/2000-21 (Cartel dos Vergalhões de Aço). Proferido em 23/09/2005, fls. 29-31.

proporcional para cada critério de dosimetria da lei, até que se alcance o percentual máximo.

Ademais, esse mesmo método já foi utilizado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª região (TRF1) no julgamento da Apelação Cível n.º 2004.34.00.013282-7, de modo inverso, descontando-se proporcionalmente a multa aplicada¹⁹⁸ para cada agravante desconsiderada.

Nesse caso, a empresa foi condenada em processo administrativo do CADE ao pagamento de multa de 5% sobre o faturamento bruto (R\$ 24 milhões). Em relação à dosimetria da multa (era então vigente o artigo 27 da Lei 8.884/94), o conselheiro relator identificou sete (7) agravantes: (i) gravidade da infração; (ii) ausência de boa-fé; (iii) existência de vantagem para o infrator; (iv) consumação da infração; (v) elevado grau de lesão ao mercado, à concorrência e aos consumidores; (vi) efeitos negativos no mercado e (vii) elevado poder de mercado do infrator (situação econômica privilegiada).

O TRF1, reformando o entendimento do CADE, reputou não ter havido a configuração das seguintes agravantes: (i) má-fé do infrator (art. 27, inc. II), pois não teria sido comprovada a má-fé e a prática da infração por si só não seria suficiente para afastar a boa-fé; (ii) vantagem auferida ou pretendida pelo infrator (art. 27, inc. III); e (iii) efeitos econômicos negativos produzidos no mercado (art. 27, inc. VI), pois não teriam sido demonstrados nos autos.

Confira-se o método interpretativo que foi utilizado pelo relator da Apelação (fixação da pena por fases), extraível com precisão de seu voto:

Assim concluo que foram equivocadamente consideradas, na dosimetria da pena, as agravantes previstas nos incisos II, III e VI do artigo 27 da Lei 8.884/94. As demais causas de agravamento da pena estão demonstradas, de modo que considero que [sic] razoável e proporcional ao ato de violação da concorrência a fixação da pena de multa no percentual correspondente a 2,85% do faturamento bruto anual da empresa, a partir da exclusão de três das sete agravantes consideradas pelo CADE para fixação do valor da pena. Desse modo, a multa arbitrada em valor originário de R\$ 24.000.000,00 (vinte e quatro milhões de reais) deve ser reduzida para o montante de R\$ 13.680.000,00 (treze milhões seiscentos e oitenta mil), em valores de 26.06.2002.

Em suma, houve exclusão de três (3) das sete (7) agravantes identificadas pelo CADE, com redução proporcional do percentual da multa de 5% para 2,85% (4/7) do

¹⁹⁸ Cf. TRF1. Apelação Cível n.º 2004.34.00.013282-7. Juiz relator convocado Rodrigo Navarro de Oliveira. Quarta Turma Suplementar. Julgado em 18/09/2012.

faturamento da empresa e readequação de seu valor, de R\$ 24 milhões para R\$13,68 milhões (uma diminuição de 43%).

Vale recordar que o cálculo mais conservador da vantagem auferida para esse caso de cartel, feito pelos conselheiros no julgamento do processo administrativo, tinha resultado no valor de R\$ 17,9 milhões¹⁹⁹.

Portanto, o relator da apelação no TRF1 incorreu em inequívoca contradição: ao revisar os critérios aplicados pelo CADE com o objetivo de controlar a legalidade da decisão, ignorou um comando específico da lei antitruste brasileira em relação à fixação das multas: “*a multa nunca será inferior à vantagem auferida*” (art. 37, inc. I da Lei 12.529/2011).

Ou seja, ao aplicar o método multifásico do direito penal econômico e reduzir proporcionalmente a multa para patamar inferior à vantagem auferida estimada, o julgador inadvertidamente proferiu uma decisão ilegal, passível de ação rescisória (art. 966, inciso V do CPC/15).

Ainda que se entenda que nesse caso o Judiciário não estava vinculado à estimativa do CADE, reputa-se que haveria necessidade ao menos da realização de uma perícia com a finalidade de aferir e estimar os lucros obtidos com a prática da infração (vantagem auferida pelo infrator).

Em suma, a análise pormenorizada desse método em um caso concreto submetido ao crivo do Judiciário ajuda a elucidar as peculiaridades dessa linha interpretativa do artigo 45.

3.2. Método monofásico – linha interpretativa do Direito Concorrencial Autônomo

Outro método, aqui denominado monofásico, envolve uma interpretação própria, autônoma e específica do direito concorrencial²⁰⁰ para fixação das multas. Busca-se levar em consideração as peculiaridades existentes no nosso diploma concorrencial e a interpretação do CADE. Isso implica em primeiro lugar em uma interpretação mais

¹⁹⁹ Cf. votos proferidos pelos conselheiros Celso Fernandes Campilongo, Thompson Andrade e Ronaldo Porto Macedo Júnior no PA 08000.022579/1997-05 (Cartel da White Martins).

²⁰⁰ Em relação à maior tecnicidade da perspectiva jurídica do direito concorrencial (como uma vertente do administrativo) na responsabilização das pessoas jurídicas: “*A diferença entre direito penal e direito administrativo, no campo do sancionamento das pessoas jurídicas, é que o último aceita tranquilamente tal situação, já possui técnicas adequadas a esse controle, ao passo que o primeiro possui larga e antiga tradição de repúdio a técnicas de responsabilização de ‘pessoas morais’ (...)*”. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed. rev., atual. e ampl., 2005, p. 142.

flexível (embora mais técnica), tanto da forma como as penas são calculadas como das circunstâncias do artigo 45.

Em vez de partir de uma pena base vinculada ao mínimo legal e em seguida analisar as agravantes e atenuantes para fixação da multa final, a jurisprudência do CADE revela que os conselheiros têm utilizado um método mais sincrético, pelo qual os critérios são analisados concomitantemente à fixação da pena base²⁰¹.

Ademais, a interpretação mais flexível dos critérios do artigo 45 também se coaduna melhor com a experiência antitruste. Como visto, o CADE e outros órgãos internacionais²⁰² têm adotado uma concepção mais abrangente dos critérios para fixação das multas, rejeitando a concepção penalista que tende a fixá-los de forma prévia e taxativa como agravantes ou atenuantes.

Sobre a aplicabilidade da taxatividade do direito penal no direito antitruste, são fundamentais as considerações perspicazes trazidas pelo jurista espanhol José Maria Baño LEON (1996, p. 6):

“A primeira dificuldade para estabelecer fatos penais que cumpram o princípio da taxatividade: o direito concorrencial tem, necessariamente, que se orientar por tipos de caráter normativo muito indeterminado; as noções de ‘abuso de posição dominante’ ou ‘prática concertada que limite a concorrência’ dificilmente ajudariam a fixar tipos penais que respondessem à máxima da ‘lex

²⁰¹ Cf. CADE. Voto do Conselheiro Relator Luiz Carlos Delorme Prado. PA 08012.002127/02-14 (Cartel das Britas). Proferido em 13/07/2005, fl. 28; Voto do Conselheiro Relator Ricardo Machado Ruiz. PA 08012.011027/2006-12 (Cartel de Cargas Aéreas). Proferido em 28/08/2013, fl. 186-188; Voto do Conselheiro Relator Paulo Furquim de Azevedo. PA 08012.000283/2006-66 (Cartel de Extração de Areia). Proferido em 17/12/2008, fl. 42-48; Voto do Conselheiro Relator Alessandro Octaviani Luis. PA 08012.011142.2006-79 (Cartel de Cimento). Proferido em 22/01/2014, fls. 143-150. Voto do Conselheiro Relator Fernando de Magalhães Furlan. PA 08012.00988812003-70 (Cartel dos Gases). Proferido em 01/09/2010, fls. 113-119; Voto do Conselheiro Relator Thompson Andrade. PA 08012.004036.2001-24 (Cartel dos Postos e Sindicato de Lages/SC). Proferido em 23/07/2003, fls. 18-21; Voto do Conselheiro Fernando de Oliveira Marques. PA 08012.003208.1999-85 (Cartel dos Postos e Sindicato de Pernambuco). Proferido em 02/06/2004, fls. 14-15; Voto do Relator Abraham Benzaquen Sicsú. PA 08012.001826.2003-10 (Cartel dos Vigilantes). Proferido em 19/09/2007, fls. 39-40.

²⁰² “O conceito de ‘montante base da multa’ não é comum a todas as jurisdições, uma vez que implica uma metodologia especificamente estruturada para a aplicação das multas. Especialmente em jurisdições onde a determinação final das multas é atribuição dos tribunais – como ocorre na Áustria, na Irlanda e no Canadá – mas também nas jurisdições em que as multas são fixadas pela autoridade antitruste – como na Noruega, não parece existir uma metodologia específica para fixação das multas; as multas são então determinadas com base em determinados fatores relevantes que não são considerados em uma ordem predeterminada, embora alguns possam ter peso maior no momento de sua aplicação”. (tradução livre do inglês: “The concept of basic amount of the fine is not common to all jurisdictions as it implies the application of a structured methodology for the application of fines. Especially in jurisdictions where the final determination of the fine is left for the courts – see, for example, Austria, Ireland and Canada – but also jurisdictions where fines are set by the Competition Authority – see for example Norway – there does not appear to exist any specific fining-setting methodology; fines are thus determined on the basis of certain relevant factors which are considered in no specific order, however some of them may play a bigger role”. INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). Cit., p. 19.

certa'. O segundo inconveniente deriva das estritas razões de política criminal. (...) Nestas condições, o recurso ao 'ius puniendi' seria despropositado"²⁰³

Nessa linha, percebe-se que as autoridades antitrustes enxergam uma dupla feição dos parâmetros para fixação das penalidades pecuniárias, que só se materializam como agravante ou atenuante²⁰⁴ ao serem aplicados ao caso concreto, *i.e.*, através da casuística.

Portanto, a concepção taxativa do rol do artigo 45 é colocada em xeque pela própria riqueza jurisprudencial do CADE²⁰⁵.

A principal vantagem de um método próprio para cálculo das multas reside na sua adequação ao escopo específico das leis antitruste, que é ao mesmo tempo compensatório, punitivo e preventivo²⁰⁶.

Essa é a primeira particularidade que pode dificultar a aplicação do método penalista ao direito concorrencial, já que a utilização de uma pena base prejudica a percepção dos danos causados. Nesse mesmo sentido, Ronaldo Porto Macedo Júnior (ex-conselheiro do CADE) declarou com propriedade:

“Vale notar que estes balizamentos distinguem substancialmente as sanções antitruste das sanções penais, por exemplo, voltadas primordialmente para a análise da conduta subjetiva do agente. Entendo inadequada, assim, a metodologia de imposição de multas que parte do mínimo legal e sobre ele

²⁰³ LEON, José Maria Baño. *Potestades administrativas Y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*. Madrid, MacGraw-Hill, 1996, p. 06. Apud CAMPILONGO, Celso Fernandes. Processo Administrativo n.º 08000.022579.1997-05.

²⁰⁴ Confira-se a sagaz observação de Damien Geradin a respeito do sistema europeu, igualmente válida para o artigo 45 da lei brasileira: “É comum que a ausência de fatores agravantes específicos seja considerada como fator atenuante e vice-versa. (...) As circunstâncias agravantes e atenuantes às vezes surgem como ‘lados diferentes da mesma moeda’ (...)” [tradução livre do inglês: “It is common that the absence of specific aggravating factors can be considered as mitigating factors and vice versa. (...) Aggravating and mitigating circumstances sometimes appear as ‘different sides of the same coin’ (...)”]. GERADIN, Damien. *The EU Competition Law Fining System: a reassessment*. Cit., p. 10.

²⁰⁵ De forma semelhante, a experiência da UE com a aplicação da sua cartilha de orientações (Guidelines) reforça a inadequação e a insuficiência de um rol taxativo: “Outros fatores agravantes não explicitamente mencionados nas Diretrizes da UE podem ser encontrados na prática decisória da Comissão, incluindo a consciência da ilicitude pela empresa, a importância do setor afetado, o caráter institucionalizado da infração ou a continuidade da conduta ilícita após a Comissão ter dado início à investigação” (tradução livre do inglês: “Other aggravating factors not explicitly mentioned in the Guidelines can be found in the Commission’s decisional practice, including a company’s awareness of the unlawfulness of the conduct, the importance of the industry affected, the institutionalized nature of the infringement, or the continuation of the conduct after the Commission opened its investigation”). Idem.

²⁰⁶ Escopo que, nas palavras de Fábio Medina Osório, implica menos garantias que o direito penal por ser mais vocacionado à tutela do interesse público e geral, ao contrário do direito criminal, que zela pelas garantias individuais: “Se é certo que o Direito Administrativo Sancionador possui garantias mais reduzidas que as do direito penal, em numerosos aspectos e de forma geral, isso se dá, fundamentalmente, porque seus objetivos estão intimamente vinculados à busca de interesses gerais e públicos, e porque suas vertentes são funcionalmente distintas em numerosos domínios, o que impede uma contaminação penalista inspirada exclusivamente por ‘la obsesión de las garantías individuales’ (...)”. OSÓRIO, Fábio Medina, Cit., p. 150.

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

vai fazendo incidir as agravantes, pressupondo que o limite máximo somente deve ser aplicado quando presentes todas as circunstâncias hipoteticamente mais graves e que concretamente jamais se verificam. Este método, comum na Justiça Criminal, onde a responsabilidade individual está em questão, tem gerado a conseqüência da imposição de sanções quase sempre próximas do mínimo legal, em freqüente desatenção ao princípio da individualização da pena. No direito econômico sancionador este método é particularmente inadequado, por não levar em consideração os danos causados (...)"²⁰⁷

A segunda é a especificidade do artigo 45 da lei, que se revela pela existência de parâmetros que são próprios da lei antitruste, quais sejam: (i) *a boa-fé*²⁰⁸ e (ii) *o grau de lesão e efeitos negativos causados à economia, à livre concorrência, aos consumidores e às relações de mercado*.

Por fim, vale destacar também que o artigo 115 da Lei 12.529/2011 não prevê a aplicação subsidiária de normas penais, somente das regras relativas ao processo civil (Código de Processo Civil) e administrativo (em especial a lei 9.784/99).

4. Exegese dos critérios para fixação das multas (artigo 45 da Lei 12.529/2011)

Os critérios para aplicação das penalidades estão previstos no artigo 45 da Lei 12.529/2011²⁰⁹. Esse dispositivo traz os parâmetros para que a autoridade antitruste defina os valores ou percentuais das multas do artigo 37 (acima analisado), fixando um patamar entre os mínimos e máximos previstos nas hipóteses dos incisos desse dispositivo²¹⁰.

Trata-se de um rol de 8 critérios, contendo 3 elementos subjetivos (que dependem precipuamente da avaliação do julgador) e 5 elementos objetivos (hipótese de incidência imediatamente identificável)²¹¹.

Os elementos subjetivos são: (i) gravidade da infração (art. 45, inc. I); (ii) boa-fé do infrator (art. 45, inc. II); (iii) situação econômica do infrator (art. 45, inc. VII).

²⁰⁷ Cf. voto do Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior no PA n.º 08000.022579/1997-05. No mesmo sentido: OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed. rev. e atual., 2013, p. 232.

²⁰⁸ A menção a um elemento heterogêneo como a boa-fé (típica do direito civil) é mais um indicativo de que as sanções antitrustes não se confundem com as penais.

²⁰⁹ Esse elenco de critérios é mera repetição do art. 27 da Lei 8.884/94. Logo, não houve inovação da nova lei nesse ponto.

²¹⁰ A respeito da aplicabilidade dos critérios ser restrita ao artigo 37: “As regras sugeridas atentam-se tão somente à aplicabilidade de penas pecuniárias em casos de condenação contra a ordem econômica. Isto é, às normas contidas do art. 37, incisos I e II da Lei.” Cf. ANDERS, Eduardo C.; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (coord.). Cit, p. 181.

²¹¹ Sobre a divisão em critérios objetivos e subjetivos, cf. LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. Cit., p. 281.

Os elementos objetivos são: (ii) vantagem auferida ou pretendida pelo infrator (art. 45, inc. III); (iii) a consumação ou não da infração (art. 45, inc. IV); (iv) o grau de lesão e efeitos negativos causados à economia, à livre concorrência, aos consumidores e às relações de mercado em geral (art. 45, inc. V e VI); (v) a reincidência (art. 45, inc. VIII).

Apesar de alguns doutrinadores como Gesner Oliveira e João Grandino Rodas consignarem que o rol é taxativo²¹², nada impede que o intérprete (CADE e Judiciário) considere ou incorpore outros elementos nessa lista.

Como mencionado anteriormente, a lei não veda a criação e adoção de novos critérios, o que até seria uma contrariedade ao princípio da individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI da CF). Ademais e como se verá adiante, a jurisprudência do CADE não se limita aos critérios elencados pelo artigo 45.

Em princípio, não foram localizadas nas origens da lei antitruste brasileira razões específicas que esclareçam a redação do artigo 45 e os conceitos utilizados em seus critérios, justificando a sua previsão no sistema brasileiro. Sabe-se tão somente que sua concepção foi inspirada nas legislações antitruste norte-americana, europeia e japonesa.

É o que se extrai da análise da origem do antigo artigo 27 da Lei 8.884/94 (de redação idêntica a do atual artigo 45) nos trâmites do Projeto de Lei n.º 3712/93. Percebe-se que sua redação final resultou de substitutivo de influências diversas, de um conjunto fruto de entendimento entre partidos do Congresso²¹³ que foram orientados por diversos juristas e economistas.

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

²¹² “São específicos do direito concorrencial os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado e a especificação que o grau de lesão ou o perigo de lesão devem dizer respeito, especialmente, à livre concorrência, à economia nacional e aos consumidores (art. 45). Ao que tudo indica, essa enumeração é numerus clausus, e não meramente exemplificativa.” (OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Cit, p. 231 - sem destaques no original).

²¹³ Substitutivo apresentado na época pelos Deputados Fábio Feldmann (Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias) e José Carlos Aleluia (Comissão de Economia, Indústria e Comércio). A análise do parecer feito pelo então relator Fábio Feldmann revela que as modificações do substitutivo (que resultaram na redação final do art. 27) foram frutos de estudos sobre a legislação estrangeira, além de opiniões de advogados e economistas. Entre os juristas, destaca-se o nome de José Inácio Franceschini, Tércio Sampaio Ferraz Jr. e Ada Pellegrini Grinover. O único critério cuja justificativa específica foi rastreada é a reincidência, cuja origem é a emenda de Plenário proposta pelo então Deputado Vital do Rego. O motivo para inclusão desse critério foi a existência de previsão idêntica em outras disposições penais (cf. Diário do Congresso Nacional, Seção I, 13 de Maio de 1993, p. 9633).

Trata-se de critério dotado de forte carga de subjetividade, porque envolve certa discricionariedade na sua aferição pelo julgador.

É elemento usualmente utilizado como agravante, principalmente em casos envolvendo cartéis, por estes serem o ilícito mais grave do sistema antitruste²¹⁴.

Por outro lado, se a infração analisada for incomum (pouco usual, inédita, sutil) e de efeitos negativos controversos, esse critério autoriza a fixação da pena em patamar menor²¹⁵. Por fim, destaca-se que esse elemento é relacionado ao tipo e às circunstâncias da infração. Logo, é importante que ele não seja confundido com o grau de lesão e os efeitos negativos da conduta (incisos V e VI).

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

A análise da “boa-fé” para fins da aplicação de multa provavelmente é a maior peculiaridade da lei brasileira²¹⁶.

Em um primeiro momento, esse parâmetro pode gerar certa perplexidade porque parece inviável cogitar da prática de um ilícito de boa-fé (diferente seria discutir a existência ou não de ato culposos, o que não é o caso). No entanto, a análise da boa-fé sob a ótica da regra da razão viabiliza sua adoção como atenuante e cria uma abertura interpretativa para a análise de eventuais eficiências e racionalidades detrás da conduta o agente.

Antes de tudo, é importante frisar que para aplicação desse critério com viés antitruste a clássica visão de presunção da boa-fé²¹⁷ deve ser utilizada com ressalva. Isso

²¹⁴ Cf. Votos no PA 08012.001826.2003-10 (Cartel dos Vigilantes); PA 08012.002127.2002-14 (Cartel das Britas); PA 08012.011027.2006-02 (Cartel das Cargas Aéreas); PA 08012.011027.2006-02 (Cartel de Cimento); PA 08012.009888.2003-70 (Cartel dos Gases); PA 08012.004702.2004-77 (Cartel dos Peróxidos); PA 08012.003208.1999-85 (Cartel dos Postos e Sindicato de Pernambuco).

²¹⁵ Cite-se como exemplo o caso do “Cartel dos Tacógrafos”, em que as empresas tiveram penas mais brandas com base na justificativa de que foi a primeira condenação aplicada pelo CADE para condutas daquela natureza. Priorizou-se a segurança jurídica, pois foi levado em consideração que a empresa condenada agiu sem conhecimento prévio do posicionamento do CADE a respeito do ilícito.

²¹⁶ Não há conhecimento de outros diplomas que se utilizem do mesmo critério com esse viés: das vinte e duas (22) autoridades antitruste analisadas pela International Competition Network (ICN), nenhuma mencionou a adoção de um conceito que guarde similitude com o conceito de “boa-fé”. INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). Cit.

Para maior elucidação dessa peculiaridade brasileira, é interessante comparar a terminologia utilizada no artigo 45 da Lei 12.529/2011 com as redações mais técnicas e cristalinas do “*Antimonopoly Act*” (AMA) japonês, em especial os artigos 3 a 7-2 e das “*Orientações para o cálculo das multas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003*” da União Europeia, com destaque para os artigos 28 e 29.

²¹⁷ Confira-se a assertiva consagrada pelo STJ: “A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa fé se presume; a má-fé se prova.” REsp 956.943/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 01/12/2014.

porque a adoção dessa ideia levaria a uma espécie de meio termo entre a comprovação ou não da boa-fé, indefinição que foge ao escopo da lei. A boa-fé é conceito indeterminado que se dá ou não se dá²¹⁸, não admitindo meio termo.

Assim, na hipótese de o conjunto fático-probatório dos autos não permitir uma conclusão sobre a presença ou não de boa-fé no infrator, sua simples desconsideração na dosimetria parece ser mais adequado aos objetivos da lei (ao invés de presumi-la). Caso contrário, mitigar-se-á a efetividade da proteção da concorrência²¹⁹.

Há posição doutrinária defendendo que a boa-fé é a única atenuante no rol do art. 45 e rejeitando sua aplicação como agravante, caso se constate má-fé²²⁰. Como já consignado acima, esse entendimento não se sustenta diante do duplo viés dos critérios de dosimetria antitruste.

Portanto, não há impedimento para que a presença de má-fé seja utilizada para majorar a penalidade: vários julgados do CADE que foram analisados admitem a aplicação dessa baliza como agravante²²¹ nos casos de ausência de boa-fé²²² ou presença de má-fé.

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

Trata-se basicamente da avaliação da perspectiva de lucros extraordinários e duração da infração.

Inicialmente, a menção à “*vantagem pretendida pelo infrator*” poderia sugerir que o julgador deve investigar a subjetividade do infrator.

²¹⁸ Eros Roberto Grau, que utiliza a boa-fé como exemplo de conceito indeterminado, destaca que “*o conceito se dá ou não se dá*”. Ou seja, aqui há um juízo de legalidade: ou o agente agiu ou não agiu de boa-fé. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 2000, fls. 148-149.

²¹⁹ Em relação à análise desse elemento nos cartéis, o ex-conselheiro Ricardo Machado chegou a declarar que é mais adequado presumir a má-fé: “*Ademais, a própria prática de cartel pressupõe inequívoca má-fé (...)*” Voto no PA 08012.011027.2006-02. No mesmo sentido: “*Já em princípio, dificilmente seria possível argumentar qualquer tipo de boa-fé do infrator em caso de cartel*”. Voto do Relator Furlan no PA 08012.009888.2003-70.

²²⁰ Cf. ANDERS, Eduardo C.; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (coord.). Cit., p. 183: “*Não parece ser a finalidade da lei o reconhecimento simplista da má fé como agravante. Logo, este critério deve ser analisado a posteriori da definição de todos os demais, e, para os casos em que vigore a boa fé do infrator, esta deverá ser critério de diminuição da pena pecuniária imposta (...)*”.

²²¹ Cf. PA 08000.022579.1997-05 (Cartel White Martins); PA 08012.002127.2002-14 (Cartel da Britas); PA 08012.011027.2006-02 (Cartel das Carga Aéreas); PA n.º 08012.011142.2006-79 (Cartel do Cimento); PA 08012.009888.2003-70 (Cartel dos Gases); 08012.004702.2004-77 (Cartel dos Peróxidos); PA n.º 08012.004086.2000-21 (Cartel dos Vergalhões de Aço).

²²² “*A consciência do ilícito praticado para obter vantagem indevida descaracterizam a boa-fé dos infratores, o que exige elevação no nível das penas a serem aplicadas*”. Voto do Rel. Alessandro Octaviani Luis no PA 08012.011142.2006-79 – sem grifos no original.

Não é o caso. Esse critério deve ser avaliado objetivamente, com base nas circunstâncias concretas. O julgador deve apenas avaliar as vantagens auferidas e provar que o infrator exteriorizou a intenção de obter lucros exorbitantes e praticar o cartel indefinidamente.

Nesta última hipótese, acaba-se englobando a análise da própria duração da infração (critério não incluso no rol). Ainda, destaca-se que a justificativa para aplicação desse fator está relacionada à própria gravidade da infração (inc. I), embora com ela não se confunda.

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

Esse critério não enseja maiores discussões, por ser dotado de maior objetividade. A consumação da infração é fator agravante. A não consumação deve ser considerada como atenuante. Como decorrência lógica, a não consumação da infração implicará necessariamente a ausência de efeitos econômicos negativos no mercado (inciso VI do artigo 45).

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

Trata-se de baliza problemática, dada a sua generalidade excessiva. Ao falar abstratamente em lesão à livre concorrência e economia nacional, a lei dificulta a identificação de sua incidência no caso concreto. Porém, a jurisprudência revela que o grau de lesão aos consumidores ou a terceiros é elevado quando o infrator pratica cartel em produtos essenciais, sem substitutos²²³ ou de grande relevância social (p. ex. commodities).

Na análise do grau de lesão à livre concorrência é usual e adequado avaliar se haviam outros concorrentes à altura do infrator.

Já a ideia de lesão à economia nacional sugere a necessidade de impactos em grande escala, nas três entidades da federação.

²²³ Cf. PA 08012.011142.2006-79 (Cartel do Cimento).

Na forma como foi aplicado por alguns conselheiros do CADE, esse parâmetro se confundiu com a gravidade da infração (inc. I)²²⁴, adotando-se justificativas de aplicação semelhantes. Reputa-se que isso deve ser rechaçado, para se evitar a aplicação da mesma agravante para o mesmo contorno fático (*bis in idem*).

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

Um contato inicial com esse inciso do art. 45 pode gerar certa perplexidade. Se o art. 37 já contém as condutas que constituem infração econômica, seria difícil cogitar em uma infração que não gerasse efeitos econômicos negativos no mercado (considerando-se a regra da razão).

Ademais, além de dispensável, uma análise dessa circunstância de forma binária se revelaria também desarrazoada. Isso porque mais do que declarar sumariamente sim ou não para a existência de impactos negativos no mercado, a jurisprudência do CADE revela que é indispensável (além de ser mais prudente) a análise específica e pormenorizada dos efeitos negativos que se destacaram na conduta e no mercado.

Portanto, caso a repercussão econômica negativa não tenha algum grau de especificidade (*e.g.*, impacto negativo à estrutura de um mercado determinado, que só se normalizará após o decurso de certo lapso temporal), o julgador deve ser cauteloso e se abster de agravar a penalidade²²⁵. Ao olharmos sob essa perspectiva (mais aprofundada que a inicial), a aplicação desse critério ganha um viés mais técnico.

Assim e a título de exemplo, será considerado como agravante do art. 45, inc. VI: (i) a criação de fortes barreiras à entrada²²⁶; (ii) a redução da competitividade dos produtos brasileiros exportados para o exterior²²⁷ (critério vinculado ao da lesão à economia nacional); (iii) a diminuição do grau de substituição de um produto ou serviço no mercado²²⁸; (iv) a inexistência de outros concorrentes no mercado para competir em tempo hábil – efeito causado pela prática da infração²²⁹.

²²⁴ Cf. sucinta fundamentação do Conselheiro Fernando de Oliveira Marques para aplicação do inc. V como agravante no PA 08012.003208.1999-85: “o grau de lesão foi elevado, valendo destacar mais uma vez a gravidade da infração”.

²²⁵ “As representadas (...) podem produzir efeitos negativos no mercado, mas dados específicos não foram produzidos, razão do porquê em não majorar a pena imposta na forma do inciso VI.” Voto do Relator Luiz Alberto Esteves no PA 08012.004086.2000-21, sem grifos no original.

²²⁶ Cf. PA 08000.022579.1997-05.

²²⁷ Cf. PA 08012.011027.2006-02.

²²⁸ Cf. PA 53500.003888-2001.

²²⁹ Cf. PA nº 08012.004702.2004-77.

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

Revela o intuito da lei antitruste brasileira em punir de forma mais rigorosa e incisiva as empresas de maior faturamento, grande porte e maior poder de mercado.

Em suma, isso implica dizer que o poder (ou porte) econômico do infrator deve ser considerado no momento de fixação da pena, de modo que as multas sejam fixadas em valores ótimos, que causem desestímulo.

Não obstante, não deve ser descartado o uso desse fator também para redução da multa, caso a empresa: (i) possua baixo faturamento, (ii) esteja passando por crise financeira ou (iii) tenha risco de entrar em falência ou recuperação judicial.

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

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

Diferentemente de outros países como Alemanha, Japão e Estados Unidos²³⁰, a lei e a autoridade antitruste brasileira não estipularam um período após o qual a condenação anterior não é mais considerada para fins de reincidência.

Vale ressaltar também que, logicamente, é inviável que a não reincidência seja considerada como atenuante. Seria incentivar à prática da primeira infração, além de implicar indicação contraditória de que a reincidência é a regra.

4.9. Critérios não taxativos – criação jurisprudencial do CADE

²³⁰ “No entanto, em algumas jurisdições existem limitações quanto à configuração da reincidência. Então, na Alemanha, por exemplo, a reincidência só ocorre em situações em que a segunda infração tenha sido praticada dentro de 5 anos contados a partir da data em que a primeira decisão tenha se tornado definitiva. No Japão, o tempo de 10 anos deve ter decorrido para que a segunda condenação não seja considerada reincidência. Nos Estados Unidos, também haverá reincidência se a infração anterior tiver ocorrido dentro dos últimos 10 anos”. (tradução livre do inglês: “*Limitations however apply in some jurisdictions to the possibility of making a finding of recidivism. So, for example, in Germany recidivism can normally be found only in situations where the second infringement has started within 5 years from the date on which the first decision has become final. In Japan, 10 years must not have elapsed until the second order. In the US, the prior similar misconduct must also have taken place within the last 10 years*”). INTERNACIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). Cit., p. 23.

As decisões do CADE têm considerado critérios não previstos na lei para aumentar e diminuir a pena aplicada. De forma sumária e não exaustiva, adiante são elencados alguns parâmetros casuísticos e o respectivo caso onde foram aplicados:

1. Conjuntura econômica do país e 1ª condenação da Lei 8.884/94 (Cartel dos Aços Planos - PA 08000.0153371997-48 – Voto Rel. Ruy Santacruz): nesse caso avaliou-se que a prática da conduta em período econômico brasileiro de adaptação da transição do controle governamental de preços para a livre concorrência seria motivo de aplicação mínima da multa. O fato de ter sido a primeira condenação sob a Lei 8.884/94 também foi motivo de abrandamento.

2. Empresa líder (Cartel dos Genéricos – PA 08012.009088.1999-48 – Voto Vista Luis Fernando Rigato; Cartel dos Vigilantes – 08012.001826.2003-10 – Voto do Rel. Abraham Benzaquen Sicsú; Cartel da Britas – PA 08012.002127.2002-14 – Voto do Rel. Luiz Carlos Delorme): uma ou mais empresas serem líderes do cartel ou terem participação mais ativa na conduta ilícita são fatos que já foram considerados para majoração da pena, com base no princípio da individualização e na interpretação sistemática do art. 35-B, §1º da Lei 8.884/94, que vedava a celebração de acordo de leniência com o líder da infração.

Em relação a esse critério, vale mencionar que em 2008 a Internacional Competition Network (ICN) realizou um questionário com diversas autoridades antitruste, com o objetivo de avaliar a metodologia de aplicação das multas em cada país. Na ocasião, identificou-se que 14 dentre 22 entidades consideravam a liderança do cartel como fator agravante na dosimetria da multa. Na União Europeia, a liderança no cartel implica um adicional de 50% na multa aplicada à empresa infratora²³¹.

3. Duração da Infração (Cartel dos Postos e Sindicato de Lages/SC – PA 08012.004036.2001-24 - Voto Rel. Thompson Andrade): apesar de esse elemento não estar tipificado na lei brasileira, está presente no Regulamento da Comissão Europeia (Guidelines) e vem sendo considerado pelos Conselheiros do CADE. A aplicação de pena diferenciada para uma infração que tenha durado um (1) ano em face de outra que tenha durado dez (10) anos tem o objetivo de assegurar a individualização da penalidade, a proporcionalidade e a isonomia do sistema, além de garantir a efetiva reparação dos danos.

²³¹ Cf. INTERNACIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). Cit., p. 23.

Reitera-se que, além desses critérios, em princípio nada impede que outros sejam criados pela jurisprudência do CADE (ressalvada a posterior apreciação do Judiciário em caso de extrapolação que implique lesão a direitos).

A experiência internacional fornece inúmeros parâmetros que poderiam ser incorporados aos critérios do sistema brasileiro como agravantes ou atenuantes²³².

A título de exemplo, ainda poderia se cogitar nos seguintes critérios adicionais e não taxativos para dosimetria da multa final (oriunda da condenação em processo administrativo): (i) nível de cooperação do investigado em relação à instrução do processo administrativo; (ii) ocorrência de obstrução dos trâmites da investigação e destruição de provas da prática do ilícito – agravante; (iii) grau de vulnerabilidade dos agentes econômicos (consumidores e concorrentes) prejudicados pela prática do ilícito (Estados Unidos e Canadá); (iv) nível de premeditação e deliberação na implementação do ilícito (México e Estados Unidos); (v) participação reduzida da empresa na estrutura e na implementação do cartel – atenuante .

No sistema brasileiro (arts. 41 a 43 da Lei 12.529/2011), já há a previsão de aplicação de multas autônomas para a ausência de cooperação. Portanto, para que houvesse certa correspondência interpretativa nesse sentido, eventual comportamento colaborativo do investigado poderia ser incorporado como atenuante no momento de fixação das multas em eventual condenação.

No entanto, vale ressaltar a advertência de que se esse fator não deve ser considerado como agravante também no momento da prolação pelo CADE da decisão condenatória de mérito, pois caso contrário haverá indevido *bis in idem*²³³ com as multas acessórias dos arts. 41 a 43.

5. Conclusão

Como visto, inicialmente o presente artigo buscou demonstrar que ter balizas bem definidas e concretas para sopesar, interpretar e aplicar os critérios para fixação das multas às infrações econômicas é essencial para que o processo administrativo sancionador conduzido pelo CADE observe e assegure os seguintes preceitos constitucionais:

²³² Ibidem, p. 23-27.

²³³ Há entendimento contrário, respaldado em outros sistemas antitruste. Ibidem, p. 24.

- (i) A segurança jurídica (artigo 5º, inc. XXXIX da Constituição Federal), cuja estrita observância exige certo grau de previsibilidade para o investigado em relação à dosimetria das multas;
- (ii) O contraditório pleno e a ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal);
- (iii) A razoabilidade e a proporcionalidade (Constituição Federal e artigo 2º da Lei 9.784/1999);
- (iv) A individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal).

Para isso, procurou analisar e empreender alguma sistematização à interpretação e à aplicação dos critérios do artigo 45 da Lei 12.529/2011, utilizando-se de hermenêutica orientada por critério lógico, viés prático e extraída das fontes doutrinárias e jurisprudenciais levantadas.

Os remates de cada parte dessa análise resultaram nas seguintes conclusões gerais:

- (i) o método de interpretação dos critérios pautado pelo direito penal econômico não se coaduna bem com aos objetivos e a dinamicidade do direito antitruste;
- (ii) é usual que cada critério de fixação das multas ora se configure como agravante e ora como atenuante;
- (iii) o rol do artigo 45 não é taxativo, pois é elástico pela jurisprudência do CADE.

A variação interpretativa identificada diante dos conceitos indeterminados e da textura aberta do artigo 45, bem como da multiplicidade de fatores agravantes e atenuantes a serem analisados, nos leva a buscar alternativas de uniformização e aprimoramento da dosimetria.

Um instrumento que seria extremamente salutar para aperfeiçoar o sistema de fixação das multas e que se poderia cogitar é a edição pelo CADE de uma cartilha de orientações que: (i) definisse um método interpretativo; (ii) construísse um passo a passo da incidência das agravantes e atenuantes (sem enrijecer e tornar inflexível a fixação da pena base); (iii) esmiuçasse e criasse *standards* para tornar os critérios do art. 45 da Lei 12.529/2011 mais concretos, com significado mais límpido e de interpretação estável, contínua e harmônica.

Para assegurar a aplicabilidade desse guia, a subsequente incorporação desses parâmetros ao regimento interno seria extremamente recomendável.

Outra opção também factível, embora menos preferível que a primeira, é adoção das diretrizes acima elencadas de forma individual pelos conselheiros do CADE, incorporando-as em seus respectivos votos e acórdãos através de fundamentação específica no capítulo destinado à dosimetria das multas.

De todo modo, revela-se de suma importância que o CADE procure cada vez mais aperfeiçoar a dosimetria das multas, criando parâmetros interpretativos estáveis em prol das garantias dos investigados.

Assim, suas decisões condenações se revestirão de maior incindibilidade, ganharão muito mais legitimidade e se blindarão contra uma revisão judicial que refaz (muitas vezes apressadamente e em sentido diametralmente oposto) o trabalho minuciosamente empreendido pelo CADE.

Espera-se que esse aperfeiçoamento institucional do CADE e do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência seja perene, sempre em busca de uma política de defesa de concorrência coerente e unívoca.

6. Referências bibliográficas

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

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Relatórios de gestão dos exercícios de 2007 e 2015. Brasília: março de 2008 e 2016.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). Setting of fines for cartels in ICN jurisdictions: report to the 7th ICN Annual Conference. Kyoto: april 2008. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc351.pdf>>.

JAPAN FAIR TRADE COMMISSION. Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade (Act No. 54 of April 14, 1947). Disponível em: <http://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/amended_ama09/index.files/The_Antimonopoly_Act.pdf>.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 11ª ed., 2015, p. 236.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. Lei de proteção da concorrência (Comentários à Legislação Antitruste). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 277.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. O Caso White Martins e a Questão da Imposição de Multas no Direito Antitruste Brasileiro. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, n. 5, ano 2, jan./mar. de 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12760>>.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

UNIÃO EUROPEIA. Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento(CE) n.º 1/2003. Jornal Oficial n.º C 210/2 de 01/09/2006. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52006XC0901\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52006XC0901(01)&from=EN)>.