

Vol. 5

Nº 2

2017 - Novembro

# Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



2318 2253

## **Quando o simples é sofisticado: clareza na tipificação de cartéis e na interpretação da regra per se**

Flávia Chiquito dos Santos<sup>236</sup>

### **RESUMO**

O presente artigo apresenta as inconsistências nas decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), as lacunas da Lei e a literatura sobre a definição de condutas de cartel e sobre a interpretação do formato da norma atinente a cartéis, expondo o dilema da regra *per se*. Quando se está diante de um CADE premiado internacionalmente pela sua política de combate aos cartéis, soa, no limite, ingênuo pensar na necessidade de clareza na definição dessa conduta. Entretanto, justamente em razão de a autoridade antitruste brasileira estar se sedimentando como uma instituição cada vez mais forte, detentora do controle de decisões relevantes para a sociedade, é imprescindível que se atenha a questões aparentemente simples, como a definição dessa conduta, para tornar essa política mais consistente e sua jurisprudência mais ordenada e transparente, alinhada às melhores práticas internacionais, posicionando o CADE como agência bem estruturada material, procedimental e institucionalmente.

Palavras-chave: Cartel. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Antitruste. Concorrência. Jurisprudência. Regra *per se*.

### **ABSTRACT**

This paper presents inconsistencies in the decision of the Administrative Council of Economic Defense (Brazilian Antitrust Agency named as CADE), the gaps of the Law and the literature regarding the definition of cartel and the understanding of the form of the law related to cartels, exposing the dilemma of *per se* rule. When facing an internationally awarded institute such as CADE, with its fighting cartel policy, it is at least ingenuous to think in the necessity of clarity in the definition of cartel. However, precisely due to the reason that the Brazilian Antitrust Authority has been consolidating as an increasingly important institution, holding the control of decisions that are relevant to Society, it is indispensable that CADE pay attention to questions that are seemingly simple, as the definition of such conduct, seeking to make this policy more consistent and its case law more organized and transparent, aligned to the best international practices, putting CADE as structured Agency materially, procedurally and institutionally.

Keywords: Cartel. Administrative Council of Economic Defense (CADE). Antitrust. Competition. Case law. *Per se* rule.

---

<sup>236</sup> Advogada especialista em Direito da Concorrência e Antitruste. Associada Sênior no escritório Lino Beraldi Belluzzo e Caminati Advogados. Mestre em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo (2014). Foi estudante de pesquisa visitante na King's College London (2013) e Assessora do Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo no Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE (2006-2007).

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. A conduta que constitui o cartel: clareza em sua classificação; 3. Interpretação do formato da norma atinente a cartéis: o dilema da regra per se; 4. Considerações finais; 5. Referências.

*“Chega-se à pseudo-ordem quando se busca a ordem; só se consegue alguma ordem e controle quando se aceita a aleatoriedade.”<sup>237</sup>*

## 1. Introdução

Há motivos a serem comemorados nesses cinco anos de vigência da Lei n. 12.529/2011 e nos mais de vinte anos<sup>238</sup> que a defesa da concorrência passou a tomar corpo no país como política pública estruturada e perene sob o ponto de vista jurídico e institucional.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) se constituiu e capacitou para acompanhar os movimentos estruturais (atos de concentração) e comportamentais (condutas anticompetitivas) do capitalismo brasileiro, e vem se sedimentando como uma instituição cada vez mais forte, técnica e independente, detentora do controle de decisões relevantes para a sociedade, envolvendo os principais atores econômicos inseridos na dinâmica do mercado. Não há como discordar do evidente processo de aprendizagem, amadurecimento e reconhecimento nacional e internacional do CADE como instituição concorrencial judicante brasileira. Especialmente quanto ao combate a cartéis, verifica-se um aprimoramento que coloca o Brasil em posição cada vez mais próxima das jurisdições desenvolvidas.

Recentemente, o país tem vivido experiências jurídicas e políticas nunca antes experimentadas. Em meio a diversos escândalos de corrupção, crimes e infrações à ordem econômica cometidas pelo alto escalão de empresas e pela alta cúpula do governo, as instituições, especialmente as autoridades judicantes, estão se deparando com desafios inéditos na aplicação das normas. Certamente, o aprendizado coletivo dos aplicadores do direito envolvidos diretamente nas investigações desses casos é imensurável. Fala-se em aprendizado coletivo em razão da rede de interlocução de diversas esferas jurídicas (civil, administrativa e criminal) envolvidas em tais investigações.

---

<sup>237</sup> TALEB, Nassim Nicholas. Antifrágil: coisas que se beneficiam com o caos. Tradução Eduardo Rieche. 4ª edição, Rio de Janeiro: Best Business, 2016.

<sup>238</sup> Em 1994, foi promulgada a Lei n. 8.884, a qual sistematizou a matéria antitruste, de forma a aperfeiçoar o seu tratamento legislativo. Com esta Lei, consolidou-se a prevenção e a repressão ao abuso de poder econômico. O CADE se tornou autarquia federal e foi implementado o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), composto pelo CADE, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e pela Secretaria de Direito Econômico (SDE). Em 1994, o Brasil passou a aplicar, de fato, uma legislação de defesa da concorrência — a qual era existente há décadas, do ponto de vista formal.

Nesse cenário, o CADE não escapou de enfrentar desafios inéditos no Brasil, ao exercer seu papel como órgão competente para reprimir as infrações contra a ordem econômica decorrentes das condutas de cartéis investigadas no âmbito da denominada “Operação Lava Jato”,<sup>239</sup> iniciada em meados de 2014. A autoridade concorrencial brasileira se beneficiou dessa situação inédita, perante a volatilidade de tamanhos desafios, riscos e incertezas. Acredita-se que há um marco sobre os programas de leniência do CADE celebrados antes e após a Operação Lava Jato. As autoridades do CADE responsáveis por esses programas avançaram no formato das negociações dos acordos de leniência de tal modo que, atualmente, eles vêm servindo de modelo para outras esferas jurídicas — por exemplo, no âmbito da aplicação da Lei n. 12.846/2013 —, tal o seu rigor. Além disso, o CADE manteve interlocução e cooperação com a “Força Tarefa” do Ministério Público, instituída exclusivamente para atuar no âmbito da Operação Lava Jato, possibilitando uma troca de experiências entre diferentes esferas jurídicas.

Diante desses avanços e da curva de aprendizado institucional, há sempre espaço para o aprimoramento, dada a dinâmica da sociedade, os riscos e a aleatoriedade dos acontecimentos, impossíveis de serem previstos — a operação Lava Jato é um exemplo contemporâneo de aleatoriedade de acontecimentos.

Nas palavras de Taleb, defensor da antifragilidade,<sup>240</sup> “O resiliente resiste a impactos e permanece o mesmo; o antifrágil fica melhor”. Portanto, segundo ele, é mais fácil descobrir se algo é frágil do que prever a ocorrência de um evento capaz de prejudicá-lo, pois a fragilidade pode ser mensurada e o risco não. Nesses termos, as autoridades devem se estruturar de modo ininterrupto, consolidado e com legitimidade, para serem antifrágéis, já que sobre a aleatoriedade não se detêm controle.

Em interessante pesquisa empírica realizada em Chicago, Tyler<sup>241</sup> investigou os fatores

---

<sup>239</sup> A Operação Lava Jato é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobras, maior estatal do país, esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar do esquema de corrupção que envolve a companhia. Detalhes do caso em: BRASIL. Ministério Público Federal. Caso Lava Jato. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

<sup>240</sup> TALEB, Nassim Nicholas. Op. cit. O autor proclama a incerteza como algo desejável – e até necessário –, e propõe que construamos mais instituições de maneira antifrágil. O antifrágil está além do que é resiliente e robusto, pois este enfrenta choques e se mantém da mesma forma, enquanto aquele fica cada vez melhor. Além disso, o antifrágil é imune a erros previsíveis e é protegido em relação a eventos prejudiciais.

<sup>241</sup> TYLER, T. R. *Why People Obey the Law*. New Jersey, USA: Princeton University Press, 2006. Este livro imprimiu os resultados de um estudo de experiências, atitudes e comportamentos de uma amostra aleatória de cidadãos de Chicago com relação ao cumprimento da lei, seja por questões de moralidade, seja por questão da aplicação da lei pelas autoridades. Na primavera de 1984 foram feitas entrevistas, por telefone, por cerca de 25 minutos cada, com 1.575 entrevistados. Um subconjunto selecionado aleatoriamente, de 804 entrevistados, foi reentrevistado um ano mais tarde. Duas abordagens foram utilizadas para medir os efeitos desse estudo: (1) estudar uma amostra aleatória da população em geral, identificado por meio de algum processo de seleção aleatório; ou (2) estudar pessoas identificadas que tiveram experiências com a polícia ou tribunais, por meio de registros

que levam as pessoas a cumprirem a lei. Esse estudo sugere que a moralidade pessoal dos indivíduos e a legitimidade das autoridades perante os cidadãos têm um papel importante no cumprimento da lei. Nesse caso, a obediência à lei tem uma abordagem psicológica, relacionada à percepção do indivíduo de que a lei é justa (com base na sua moralidade pessoal), e relacionada também com o papel exercido pela autoridade, isto é: é preciso que esta tenha legitimidade para aplicar a lei e seja capaz de influenciar o comportamento da sociedade.

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

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

Especificamente em relação aos cartéis, as leis e políticas dirigidas ao combate desta conduta são relativamente recentes, estando em fase de desenvolvimento. Nos anos 1990, verificou-se a repressão a cartéis em âmbito internacional.<sup>242</sup> No Brasil, esta política se intensificou a partir de 2003,<sup>243</sup> quando as autoridades começaram a dar prioridade ao combate

---

disponíveis no tribunal ou na polícia ou por meio de entrevistas nas delegacias de polícia, tribunais ou presídios.

<sup>242</sup> De 1943 a 1949, o Departamento de Justiça (DOJ) dos Estados Unidos processou dezenas de cartéis internacionais e condenou quase todos como infrações criminais. De 1950 a 1995, embora o DOJ tenha descoberto poucos casos envolvendo cartéis internacionais, o que explica os poucos casos levados a julgamento, verificou-se que estes resultaram em perdas vultosas. Cf. 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.

<sup>243</sup> O fato de o primeiro acordo de leniência ter sido firmado em 2003, no âmbito do “Cartel dos Vigilantes” (Processo Administrativo n. 08012.001826/2003-10) pode ser a razão deste ano ser considerado o marco de uma

a cartéis, passando a utilizar ferramentas sofisticadas de investigação — com a cooperação do Ministério Público e da Polícia Federal —, tais como: a realização de busca e apreensão, interceptação telefônica e a celebração de acordos de leniência. Portanto, ainda que a política de combate a cartéis esteja em fase de desenvolvimento, nota-se que o estágio atual das referidas “vias” — i.e., via das autoridades de defesa da concorrência e via da sociedade — é, relativamente, de ascensão.

Quanto à ascensão da via das autoridades de defesa da concorrência, estas construíram algumas frentes de trabalho, com vistas a aperfeiçoar a política de combate a cartéis, quais sejam: (i) as iniciativas de caráter educativo;<sup>244</sup> (ii) a evolução dos mecanismos de investigação propriamente ditos, ou seja, mecanismos de descoberta e obtenção de provas dos cartéis para fins de condenação;<sup>245</sup> e (iii) as parcerias com outras esferas jurídico-administrativas.<sup>246</sup>

Em relação à ascensão da sociedade, esta está cada vez mais ciente dos danos e consequências da prática de cartel como um ilícito concorrencial condenável — antes eram recorrentes alegações de desconhecimento da lei e desinteresse sobre a nocividade e necessidade de punição dessa prática pelos cidadãos e potenciais infratores.<sup>247</sup> Outro sinal de que a sociedade está cada vez mais consciente e preocupada com o cometimento de infrações concorrenciais é a importância que o mundo empresarial vem dando à adoção de programas de *compliance*, os quais funcionam como relevantes ferramentas para prevenção de ilícitos

---

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

<sup>244</sup> A extinta SDE e o CADE publicaram diversas cartilhas, com informações didáticas sobre a prática de cartel e seus reflexos para sociedade e para os consumidores, bem como sobre o funcionamento da política de combate a cartéis. Além disso, em 2008 foi editado o Decreto Presidencial, estabelecendo o dia 8 de outubro (data em que foi firmado o primeiro acordo de leniência no Brasil) como o “Dia Nacional do Combate a Cartéis”.

<sup>245</sup> Por meio da Portaria do Ministério da Justiça n. 1.077, de 30 de maio de 2007, foi outorgada à Coordenação Geral de Análise de Infrações no setor de Compras Públicas pertencente à extinta SDE, a incumbência de promover investigações de cartéis em licitações, fortalecendo parcerias com órgãos da Administração envolvidos em tais investigações. Referida portaria destacou que o dano estimado ao erário público causado por cartéis no setor de compras públicas é da ordem de 25 a 40 bilhões de reais por ano. Recentemente, a Superintendência-Geral do CADE vem utilizando um software denominado “Cérebro”, o qual usa diversos algoritmos para cruzar dados e auxiliar nas investigações envolvendo possíveis condutas anticompetitivas no setor de compras públicas. Principalmente, o programa de leniência e os acordos em casos de cartel (TCC’s) são instrumentos relevantes para descoberta e obtenção de provas pelas autoridades.

<sup>246</sup> Em 2009, criou-se a Estratégia Nacional de Combate a Cartéis (ENACC), prevendo a constituição de uma vasta rede de cooperação entre diversos órgãos estatais para a efetivação da política de combate a cartéis. A rede é formada por autoridades de persecução administrativa, civil e criminal. O Ministério Público do Estado de São Paulo criou uma unidade especializada na investigação de cartel denominada GEDEC (Grupo Especial de Delitos Econômicos). O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro também criou um grupo de trabalho denominado por DACAR (Divisão Anticartel e de Defesa da Ordem Econômica).

<sup>247</sup> Cf. Voto do Conselheiro Relator e demais Conselheiros, no âmbito do Processo Administrativo n. 08000.015337/1997-48 (primeira prática de cartel julgada pelo CADE), em que mencionam as alegações das representadas no sentido de que estas não tinham conhecimento da lei de defesa da concorrência. Disponível em: <www.cade.gov.br>. Acesso em 26 nov. 2013.

anticompetitivos.

Além disso, o número crescente de acordos de leniência e acordos em cartel (no Brasil, os TCCs), firmados entre as autoridades e os infratores, é, no limite, um indício do caráter dissuasório da repressão a cartéis pelas autoridades, já que o medo da punição acaba encorajando a delação da infração em troca de imunidade ou redução da pena. Há estudos no sentido de que a introdução do acordo de leniência resultou em aumento do número de cartéis descobertos.<sup>248</sup> Em relação aos TCCs, além de serem uma forma eficiente de encerrar as investigações, evitando custos processuais, servem como meio de os signatários cooperarem com as autoridades, trazendo mais informações sobre o funcionamento do cartel, o que acaba por refletir na avaliação sobre a certeza da punição e sobre os elementos a fundamentar a quantificação da pena.

Todas essas providências tomadas pelas autoridades concorrenciais brasileiras a partir de 2003 contribuíram para a evolução da política de combate a cartéis, principalmente pelo fato de que as autoridades passaram a ter maiores facilidades para descoberta e obtenção de provas dos cartéis, o que resulta em mais elementos para condenação e aplicação de penas. Diante disso, verifica-se uma nítida elevação dos percentuais e montantes de penas aplicados às condutas anticompetitivas pelo CADE.<sup>249</sup> Isso não impede que certas inconsistências que mesmo o mais atento observador tem dificuldades de capturar sejam produzidas, ainda que de forma inconsciente, com o passar do tempo.

Nesses termos, há questões a serem aprimoradas, em busca da consolidação de certos entendimentos que assegurem segurança jurídica aos agentes econômicos, ao mesmo tempo em que garantam que os resultados da ação antitruste sejam, do ponto de vista do bem-estar do consumidor, ao máximo alcançados.

Já discorri sobre algumas ações estruturantes para que as autoridades,<sup>250</sup> notadamente a autoridade concorrential judicante, alcancem a legitimidade. Naquela oportunidade, o tema

---

<sup>248</sup> Cf. MILLER, Nathan H. Strategic Leniency and Cartel Enforcement. *American Economic Association Review*, v. 99, n. 3, p. 750-768, 2009. Cf. também: HARRINGTON JUNIOR, Joseph E. Behavioral Screening and the Detection of Cartels. *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Oxford, UK: Hart, 2007. Disponível em: <<http://www.econ2.jhu.edu/People/Harrington/Florence.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2013.

<sup>249</sup> No fim da década de 1990, era comum a aplicação de multas mínimas (1% do faturamento da empresa); em 2005, as multas alcançaram percentuais de 15% no Cartel das Britas; em 2008, no Cartel da Areia, chegaram a 22,5%; e, em 2010, a 50% no Cartel dos Gases Industriais (o fator reincidência duplicou o percentual de 25%). Atualmente, a jurisprudência vem adotando, de modo recorrente, o percentual em torno de 15% para condenação de casos de cartel.

<sup>250</sup> SANTOS, Flávia Chiquito dos. *Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 136 et seq.

abordado se referia à aplicação de penas na repressão a cartéis e seus efeitos dissuasórios. Partindo dos estudos a seguir apresentados, foi possível verificar que a legitimidade de uma instituição envolve um círculo virtuoso, pautado em pilares relativos à qualidade da norma, à estruturação das instituições responsáveis pela detecção e pelos procedimentos investigativos e à penalização do ilícito concorrencial.

Sob a perspectiva internacional dessa política, Crane<sup>251</sup> diz que a harmonização internacional do antitruste se baseia em três frentes: *material* — foco deste artigo —, procedimental e institucional. Em última instância, um regime antitruste internacional satisfatório requer certa uniformidade dessas três frentes, embora o desenvolvimento sequencial seja possível.

Buccirossi et al.<sup>252</sup> discutiram as propriedades da dissuasão, em um regime de política de concorrência, que vão além das sanções. Identificou-se que, de acordo com os fundamentos da teoria econômica aplicada ao direito, há diversos fatores que são prováveis de afetar o grau de dissuasão: 1) *qualidade da lei*; 2) recursos financeiros e humanos; 3) poderes de investigação; 4) sanções e danos; 5) independência; e 6) separação dos poderes.

Por fim, a Rede Internacional de Concorrência (International Competition Network – ICN)<sup>253</sup> defende que regimes sólidos de combate a cartéis dependem de: (i) *clareza na definição da conduta que constitui o cartel*; (ii) agências bem estruturadas para detectar, investigar e, algumas vezes, processar cartéis; e (iii) um sistema de pena efetivo.

Portanto, além de ser imprescindível que as autoridades disponham de um sistema de detecção, investigação e punição efetivo de combate a cartéis para fins dissuasórios dessa política, os autores mencionados e a ICN estão alinhados em defender a necessidade de clareza e qualidade material da norma que define a conduta que constitui a infração de cartel. É justamente este aspecto que o presente artigo se dedicará: *a clareza na tipificação e interpretação da norma sobre cartéis*.

O título deste artigo é sugestivo ao refletir sobre “quando o simples é sofisticado”. Quando se está diante de um CADE premiado internacionalmente pela sua política de combate aos cartéis, soa, no limite, ingênuo pensar na necessidade de clareza na definição dessa conduta

---

<sup>251</sup> CRANE, Daniel A. *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 240.

<sup>252</sup> BUCCIROSSI, Paolo et al. *Deterrence in Competition Law. Governance and the Efficiency of Economic Systems (GESY)*. Discussion Paper n. 285. 2009. Disponível em: <[http://www.learlab.com/pdf/285\\_1254407400.pdf](http://www.learlab.com/pdf/285_1254407400.pdf)>. Acesso em: 24 nov. 2013.

<sup>253</sup> INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Defining Hard Core Cartel Conduct: Effective Institutions: Effective Penalties*. In: ICN WORKING GROUP ON CARTELS. ICN 4th Annual Conference. Bonn, Germany, jun. 2005, p. 1.



— aliás, cartel é um acordo entre concorrentes que, por premissa, é prejudicial ao mercado, nada mais simples.

Entretanto, em pesquisa<sup>254</sup> que investigou tal tema, foi possível identificar lacunas, desordem e inconsistência da jurisprudência do CADE quanto à definição de cartéis e quanto à interpretação da norma atinente a essa conduta.<sup>255</sup> Essa inconsistência foi notada desde a seleção do conjunto de decisões analisadas naquela pesquisa, pois foi difícil apurar as decisões envolvendo condutas de cartel, em razão das omissões acerca da tipicidade da conduta nas decisões analisadas e, sobretudo quanto à diferenciação dos tipos de cartéis (e.g., cartéis difusos *versus* clássicos).

A definição do cartel sistematizará a análise do caso concreto de modo mais eficiente e, especialmente, auxiliará na quantificação da punição, pois um cartel sofisticado (ou clássico, por exemplo), que tenha contado com mecanismos institucionalizados de monitoramento e retaliação de seus membros, certamente é mais perigoso e traz mais riscos à sociedade do que os cartéis difusos, que não contaram com elevado grau de institucionalidade — sem falar nos fatores estruturais de mercado facilitadores do cumprimento do cartel, que podem auxiliar nessa análise e na distinção de um tipo de conduta em relação à outra.

Notei, também, naquela pesquisa, a ausência de norteamento das decisões do CADE acerca da interpretação do formato da norma envolvendo condutas de cartel (i.e., se o cartel deve ser analisado sob a regra *per se*, sob a regra da razão ou como uma infração pelo objeto). É preciso que o CADE adote uma interpretação satisfatória do formato da norma que regula a infração de cartel, de tal sorte que se atenha a emitir decisões: (i) racionais para a

---

<sup>254</sup> SANTOS, Flávia Chiquito dos. Op. cit.

<sup>255</sup> A mencionada pesquisa contou com uma amostra de 39 decisões condenatórias envolvendo condutas de cartel. Referida amostra teve por base 655 atas de julgamento do CADE, envolvendo o período de 1996 a 2015, referentes às sessões ordinárias, extraordinárias e reservadas, disponíveis no sítio eletrônico deste órgão. Diversas variáveis foram testadas, entre elas, questões materiais envolvendo “a definição da conduta de cartel clássico”, bem como “o formato da norma”. A pesquisa não propôs a adoção de uma determinada definição ou de um formato de norma; a análise se restringiu a verificar se o CADE se preocupa com a distinção e/ou definição do tipo de cartel — i.e., se clássico ou difuso — e com o formato da norma — i.e., se aplicou a regra *per se* ou a regra da razão, ou se classificou a infração pelo objeto ou a infração pelos efeitos. Nesta pesquisa lançou-se as seguintes perguntas, como ponto de partida do estudo jurisprudencial: “O CADE se preocupou em distinguir e/ou definir o tipo de cartel, i.e., como clássico ou difuso?” e “O CADE se preocupou em mencionar se o cartel deve ser analisado pela regra *per se*, regra da razão ou classificou a infração pelo objeto ou efeito?”. Os resultados desta análise sugerem uma nítida ausência de sistemática das decisões quanto à caracterização da conduta de cartel. Verifica-se que, das 39 decisões analisadas, apenas 10 decisões definiram e/ou distinguiram a conduta de cartel clássico em relação ao cartel difuso (i.e., cerca de 25%). Quanto ao formato da norma caracterizadora da infração de cartel, nota-se que em apenas 4 decisões das 39 analisadas (i.e., cerca de 10%) o CADE mencionou expressamente a aplicação da regra *per se*, sendo que somente uma decisão adotou a regra da razão. Verifica-se, também, uma tendência nas decisões recentes do CADE sugerindo a caracterização de cartel como infração pelo objeto, i.e. das 39 decisões, 5 classificaram o cartel como ilícito por objeto (12% das decisões).

Administração, em termos de política de combate aos cartéis; (ii) baseadas em variáveis dissuasórias, em termos de punição dos infratores, e que ao mesmo tempo atendam aos princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade; e (iii) visando à maximização do bem-estar social.

Este artigo não pretende apresentar possíveis definições e critérios de classificação da conduta de cartel e/ou um formato de norma adequado a essa conduta. A intenção é colocar as inconsistências desse tema em pauta e apresentar a literatura disponível para o debate, bem como sinalizar a sua importância às autoridades concorrenciais, para que essas questões sejam refletidas na tomada de decisão e na sistematização da jurisprudência do CADE, sem prejuízo desse tema ser aprofundado em pesquisas futuras, com vistas ao desenvolvimento consistente da política repressão a condutas daninhas como o cartel e, em última instância, a fim de colocar o CADE em posição efetiva de agência bem estruturada material, procedimental e institucionalmente.

Como o assunto é o “aprimoramento” de um órgão que, como visto, já tem um reconhecimento e uma evolução sólida — portanto, já se encontra em posição de destaque quanto ao combate aos cartéis —, é importante que as autoridades se atenham a questões aparentemente simples, como a definição do cartel, para tornar essa política mais consistente, ordenada e transparente, nos termos das recomendações feitas por Crane, por Buccirosi et al. e pela ICN, não prescindindo de segurança jurídica à sociedade e, conseqüentemente, maior legitimidade à autoridade concorrential.

## **2. A conduta que constitui o cartel: clareza em sua classificação**

Como exposto, a clareza na definição das condutas de cartel sistematiza a análise do caso concreto e, especialmente, auxilia a quantificar a punição. Nesses termos, vale trazer algumas noções sobre a conduta de cartel, bem como os tipos em que essa conduta se apresenta.

Cartéis<sup>256</sup> são definidos como acordos, ajustes, combinações ou manipulações entre

---

<sup>256</sup> No Brasil, a Lei n. 12.529/2011 tipifica a infração de cartel em seu art. 36, § 3º, inciso I, alíneas “a” a “d”. De acordo com esta lei, as infrações à ordem econômica se constituem por agentes que tenham posição dominante, e presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar vinte por cento ou mais do mercado relevante (§ 2º do artigo 36). O Anexo I da Resolução do CADE n. 20, de 09 de junho de 1999, a qual foi revogada parcialmente, define cartéis como sendo “acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio. Fatores estruturais podem favorecer a formação de cartéis: alto grau de concentração do mercado, existência de barreiras à entrada de novos competidores, homogeneidade de produtos e de custos, e condições estáveis de custos e de demanda.”

concorrentes, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção, distribuição e divisão territorial, com o objetivo de alterar artificialmente as condições de mercado em relação a bens e serviços, restringindo ou eliminando a concorrência. Em outras palavras, um cartel é, essencialmente, um grupo de vendedores ou compradores de bens ou serviços que, em vez de competirem livremente, unem-se para tentar eliminar a concorrência, visando maximizar seus lucros. O cartel foi reconhecido desde Smith,<sup>257</sup> segundo quem: “As pessoas do mesmo ofício raramente se encontram, mesmo para festas e diversão, mas a conversação sempre termina numa conspiração contra o público, ou em alguma maquinação para elevar os preços.”

Há várias classificações possíveis da definição da conduta de cartel: a principais são quanto à forma, à dimensão e à gravidade. Há quem sugira outras classificações, relacionadas à estrutura, às formas de manifestação e ao objeto.<sup>258</sup>

Há duas *formas de colusão*: a explícita e a tácita. Grosso modo, na primeira, os participantes da prática concertada firmam um acordo explícito, oral ou escrito, sobre variáveis concorrencialmente relevantes, ou seja, há provas diretas do acordo; na segunda, a colusão ocorre de forma não explícita, ou seja, não há provas diretas da colusão, e sua existência é inferida a partir de provas comportamentais indiretas, face à estrutura de um dado mercado.

Conforme terminologias empregadas por Whish e Bailey,<sup>259</sup> a “colusão tácita” — ou “paralelismo consciente”, ou “coordenação tácita”, ou “efeitos coordenados” — se refere à coordenação entre o comportamento de empresas sem haver um acordo propriamente dito ou sem ser parte de uma prática concertada. Tal comportamento resultará em vantagens às empresas e em desvantagens aos clientes e, por último, aos consumidores finais. De acordo com os autores mencionados, para os economistas não há diferença entre a colusão tácita ou explícita, desde que estão preocupados, exclusivamente, com os efeitos decorrentes da colusão. Por outro lado, tal distinção é relevante para os advogados, na medida em que dependem da definição da colusão para tipificar a conduta como lícita ou ilícita.

Há um consenso no sentido de que comportamentos paralelos não são ilícitos *per se*, pois é necessária a comprovação de um fator adicional que determine que o paralelismo decorre de um cartel, o denominado “paralelismo *plus*”. A doutrina do paralelismo *plus* já foi

---

<sup>257</sup> SMITH, Adam. Uma investigação sobre a natureza e causas da riqueza das nações. 2. ed., São Paulo: Hemus, 1981, p. 93.

<sup>258</sup> RIBAS, Guilherme Favaro. Processo administrativo de investigação de cartel. São Paulo: Singular, 2016, p. 39-44.

<sup>259</sup> WHISH, Richard; BAILEY, David. Competition Policy. 7. ed., Oxford, UK: Oxford University Press, 2012, p. 562.

mencionada na jurisprudência do CADE.<sup>260</sup>

Quanto à *dimensão*, os cartéis podem ser limitados ao território nacional ou atuar em mais de uma jurisdição. Martinez<sup>261</sup> entende que cartéis nacionais tendem a ser formados em países em que “há concentração de poder econômico e em que a economia era até recentemente regulada, com mecanismos governamentais de determinação de preço, volume ou outras variáveis comerciais”.<sup>262</sup> Connor<sup>263</sup> define como sendo internacionais aqueles cartéis com participantes de duas ou mais nações, enquanto que os cartéis globais são formados pelo conjunto de dois ou mais participantes dos três continentes mais industrializados. Para o Department of Justice dos Estados Unidos (DOJ), é necessário que (i) pelo menos uma das partes envolvidas não seja nacional; (ii) pelo menos uma das partes envolvidas não esteja situada no país; (iii) a conduta ilícita no país tenha sido praticada fora de seu território; e que, para análise e investigação do caso, (iv) haja cooperação entre as jurisdições.<sup>264</sup> No Brasil, a lei antitruste vigente prevê a possibilidade da proibição de cartéis internacionais ao dispor, em seu artigo 2º, sobre o princípio dos efeitos, determinando que a lei será aplicada “às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos”.

Em relação à *gravidade*, os cartéis podem ser difusos (*soft*) ou clássicos (*hard-core*). Cartéis difusos são “aqueles que não envolvem acordos entre seus partícipes, mas a mera troca de informações comercialmente sensíveis”.<sup>265</sup> Para o ex-conselheiro do CADE Luiz Carlos Delorme Prado, os cartéis difusos envolvem um ato de coordenação da ação entre empresas com o objetivo similar ao do cartel clássico, mas de caráter eventual e não institucionalizado, muitas vezes em função de um evento externo que as afetou simultaneamente.<sup>266</sup> Cartel

---

<sup>260</sup> Cf. Processo Administrativo n. 08000.015337/1997-48; Averiguação Preliminar n. 08012.006844/2000-45.

<sup>261</sup> MARTINEZ, Ana Paula. Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Criminal. Tese (Doutorado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 18-19. (Esta tese foi lançada em livro: MARTINEZ, Ana Paula. Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. São Paulo: Singular, 2013).

<sup>262</sup> Martinez indicou como exemplo de cartel nacional o próprio Brasil, pois, segundo ela, “a existência do Conselho Interministerial de Preços – CIP e da Superintendência Nacional de Abastecimento – SUNAB criava contexto para trocas de informações comercialmente sensíveis entre concorrentes, sendo necessárias décadas para superar a cultura então formada” (MARTINEZ, Ana Paula. Repressão a cartéis. Op. cit., p. 19).

<sup>263</sup> CONNOR, John M. Global Antitrust Prosecutions ... Op. cit.

<sup>264</sup> ESTADOS UNIDOS. Department of Justice. Antitrust Division. International Competition Policy Advisory Committee: Final Report, 2000. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/icpac/finalreport.html>>. Acesso em: 18 ago. 2013.

<sup>265</sup> MARTINEZ, Ana Paula. Repressão a cartéis. Op. cit., p. 16.

<sup>266</sup> Cf. voto do conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado no Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14, p. 5-6, em que distinguiu os cartéis difusos dos cartéis clássicos como sendo “um ato de coordenação da ação entre empresas com o objetivo similar ao do cartel clássico, mas de caráter eventual e não institucionalizado. Esse é o caso quando um grupo de empresas decide reunir-se para coordenar um aumento de preços, muitas vezes em

clássico, por seu turno, refere-se a:

um acordo anticompetitivo, uma prática anticompetitiva concertada ou um arranjo anticompetitivo entre concorrentes, para fixar preços, fraudar licitações (propostas colusivas), estabelecer restrições na produção ou quotas, ou dividir mercado por meio de alocação de clientes, fornecedores, territórios ou linhas de comércio.<sup>267</sup>

Os cartéis clássicos, conforme já dito, são considerados a mais grave infração concorrencial pelas jurisdições com legislações anticompetitivas. O CADE distinguiu os cartéis clássicos pelo elemento de institucionalidade:

[Cartel Clássico ou Integral] é definido como acordo secreto entre competidores, com alguma forma de institucionalidade, com o objetivo de fixar preços e condições de venda, dividir consumidores, definir nível de produção ou impedir a entrada de novas empresas no mercado. Este tipo de cartel opera através de um mecanismo de coordenação institucionalizado, podendo ser reuniões periódicas, manuais de operação, princípios de comportamento, etc. Isto é, sua ação não decorre de uma situação eventual de coordenação, mas da construção de mecanismos permanentes para alcançar seus objetivos.<sup>268</sup>

Martinez entende que a definição adotada pelo CADE no referido caso não é a mais adequada; a autora alinha-se à definição da OCDE e da ICN, considerando duas características para definição de cartéis clássicos<sup>269</sup>:

---

função de um evento externo que as afetou simultaneamente. Isto é, tal ação pode ser considerada eventual e não decorreu de uma organização permanente para coordenar as ações das empresas envolvidas.”

<sup>267</sup> ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Recommendations & Best Practices: Recommendation of the Council Concerning Effective Action against Hard Core Cartels, 1998. Do original: “*an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce.*” A OCDE recomendou também que “a categoria de cartel clássico não inclui acordos, práticas concertadas ou arranjos que (i) são razoavelmente relativos à legalidade da realização de redução de custos ou do aumento produtivo de eficiências; (ii) são excluídos, direta ou indiretamente, da abrangência das próprias leis de um país membro; ou (iii) são autorizados de acordo com essas leis.” Tradução livre do original: “*the hard core cartel category does not include agreements, concerted practices, or arrangements that (i) are reasonably related to the lawful realization of cost-reducing or output-enhancing efficiencies, (ii) are excluded directly or indirectly from the coverage of a Member country’s own laws, or (iii) are authorised in accordance with those laws.*” (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Recommendations... Op. cit., p. 3).

<sup>268</sup> Cf. Trecho do voto do Conselheiro Relator, Luiz Carlos Delorme Prado, do Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14, p. 5 (Cartel das Britas). Esta definição vem sendo adotada pelo CADE, conforme parecer da Superintendência do CADE, no Processo Administrativo n. 08012.010215/2007-96. A despeito de os cartéis clássicos serem secretos e de difícil detecção pelas autoridades, Hovenkamp diz que “Com frequência, cartéis adotam medidas elaboradas para evitar fraudes. Alguns cartéis desenvolvem sofisticadas escriturações, relatórios ou métodos de contabilidade para que cada participante possa verificar o preço e a produção dos outros participantes.”. Do original: “*Often cartels take elaborate measures to prevent cheating. Some cartels have developed sophisticated bookkeeping, reporting or accounting methods so that each member can check the price and output of other members.*” (HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice. 3. ed., St. Paul, MN, USA: Thomson/West, 2005, p. 151).

<sup>269</sup> A título ilustrativo, cf. definições de cartel clássico, adotadas por algumas jurisdições, conforme apresentadas

(i) a presença de um acordo, explícito ou tácito (i.e., a mera troca de informações comercialmente sensíveis não é suficiente para caracterizar um cartel como clássico); e (ii) que o acordo seja relativo a variáveis comercialmente sensíveis, como preços, quantidade, áreas de atuação/cliente ou participação em licitações. Estando presentes estas características, o acordo é suficientemente grave para justificar a sanção em seu mais alto grau. Cartéis difusos serão basicamente aqueles que não envolvem acordos entre seus partícipes, mas a mera troca de informações comercialmente sensíveis.<sup>270</sup>

Aos olhos de Martinez,<sup>271</sup> além da diferenciação entre cartéis envolvendo variáveis comercialmente sensíveis (i.e., preço/quantidade e cartéis de alocação de mercado ou grupos de clientes) e entre cartéis quanto à gravidade (difusos ou clássicos), há ainda quatro formas de classificação dos cartéis, a saber: (i) explícitos ou tácitos; (ii) nacionais ou internacionais; (iii) cartéis de compra<sup>272</sup> ou de venda; e (iv) cartéis de importação ou de exportação.<sup>273</sup> Além disso, referida autora enfatiza que o cartel em licitação é um tipo específico de cartel de alocação de mercado e tem especial relevância em matéria penal.

Entendo que a classificação quanto à gravidade (i.e., cartel difuso ou clássico) poderia ser tratada de modo distinto das demais classificações sugeridas por Martinez, podendo ser considerada um “tipo principal”, ao passo que os demais tipos poderiam ser tratados como “tipos acessórios” do principal. Isto porque os cartéis clássicos, como um “tipo principal”, por exemplo, podem se enquadrar, cumulativamente, em outros “tipos acessórios”, i.e., podem ser: clássicos e explícitos ou tácitos; clássicos e nacionais ou internacionais; clássicos e de preços ou de alocação de mercados; clássicos e de compra ou de venda; etc.<sup>274</sup>

Como mencionado, há várias classificações possíveis de serem adotadas quanto à definição da conduta de cartel. Resta a reflexão sobre quais pesos devem ser atribuídos a cada uma dessas classificações e sobre sua aplicação ao caso concreto.

Apesar de a literatura especializada no tema ter se preocupado com as possíveis

---

pela ICN (INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Defining Hard Core Cartel Conduct: Effective Institutions: Effective Penalties. In: ICN WORKING GROUP ON CARTELS. ICN 4th Annual Conference. Bonn, Germany, jun. 2005, p. 11).

<sup>270</sup> MARTINEZ, Ana Paula. Repressão a cartéis. Op. cit., p. 16.

<sup>271</sup> MARTINEZ, Ana Paula. Repressão a cartéis. Op. cit., p. 16-19.

<sup>272</sup> Cf. Sobre cartéis de compra, vide: GOLDBERG, Daniel Krepel. Poder de compra e política antitruste. São Paulo: Singular, 2006.

<sup>273</sup> Cf. Sobre cartéis de exportação, vide: MIURA, Maira Yuriko Rocha. Os cartéis de exportação na ordem jurídica brasileira: uma visão de Direito Comercial. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, São Paulo, 2010. Cf. LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. The Changing International Status of Export Cartels Exemption. American University International Law Review, v. 20, n. 3; Ross School of Business Paper, n. 897, 2004. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=618201](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=618201)>. Acesso em 10 dez. 2013.

<sup>274</sup> SANTOS, Flávia Chiquito dos. Op. cit.

classificações dessa conduta, a lei de defesa da concorrência (Lei n. 12.529/2011) não prevê tal conduta de forma direta no seu texto, como se verifica, por exemplo, no Código Penal, em que há uma descrição expressa e objetiva sobre um determinado crime<sup>275</sup>. O que se verifica, de forma expressa, são as premissas de uma conduta de cartel, reunidas no artigo 36, § 3º, inciso I.<sup>276</sup> Contudo, há de ser reconhecido que o texto da lei atualmente em vigor é mais claro e sistemático que as previsões da lei anterior (Lei n. 8.884/1994) em relação aos cartéis. Isto porque a lei em vigor reuniu em um único inciso (i.e., inciso I, § 3º, do artigo 36) todas as hipóteses de uma conduta de cartel, enquanto a lei anterior possuía incisos diversos e alternados tratando dessa conduta (artigo 21, I, III, VIII).<sup>277</sup>

Por sua vez, o Anexo I da Resolução do CADE n. 20/1999, a qual foi revogada parcialmente, define cartéis em geral como sendo:

[...] acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio.

Nesse caso, não há, por exemplo, uma distinção entre o cartel difuso e o clássico. Note-se, portanto, que há lacunas na legislação quanto à definição da conduta de cartel, as quais foram parcialmente supridas pelo entendimento doutrinário sobre o tema e pela jurisprudência do CADE.

Como mencionado, em pesquisa que investigou tal tema,<sup>278</sup> identificou-se uma nítida ausência de sistemática e inconsistências das decisões do CADE quanto à caracterização da conduta de cartel. Como dito, essa inconsistência foi notada desde a seleção do conjunto de decisões analisadas naquela pesquisa, pois foi difícil apurar as decisões envolvendo condutas de cartel, em razão das omissões acerca da tipicidade da conduta nas decisões analisadas e,

---

<sup>275</sup> “Homicídio simples  
Art. 121. Matar alguém.”

<sup>276</sup> Art. 36, § 3º - “As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública.”

<sup>277</sup> “Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica; I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços; II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários; VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa.”

<sup>278</sup> SANTOS, Flávia Chiquito dos. Op. cit.

sobretudo quanto à diferenciação dos tipos de cartéis (e.g., cartéis difusos *versus* clássicos). Como resultado dessa pesquisa, verificou-se que, das 39 decisões analisadas, apenas 10 decisões definiram e/ou distinguiram a conduta de cartel clássico em relação ao cartel difuso (i.e., cerca de 25%).

Diante disso, ainda que a lei prescindia de uma tipificação objetiva sobre a conduta de cartel, é importante que classificações dessa conduta sejam instituídas pelo CADE, com base na literatura disponível sobre o tema, de tal sorte que a jurisprudência se organize de modo mais consistente e ordenado, com vistas a alcançar a dissuasão desejável de uma política bem-sucedida de combate a cartéis. E, a partir de uma classificação pré-definida, extraíam-se critérios objetivos relacionados ao caso concreto que possam dialogar com a eventual punição da conduta. Meras citações de precedentes sobre a definição de cartel clássico e/ou menções genéricas sobre aspectos gerais do combate a cartéis, sem adentrar ao caso concreto, não são suficientes para preencher as lacunas referentes à tipificação e classificação da conduta.<sup>279</sup>

Ou seja, a punição deve estar diretamente relacionada com o tipo de cartel praticado, pois, como já mencionado, há tipos de cartel com maior potencial ofensivo ao mercado. Por exemplo, a sanção aplicável a um cartel clássico pode ter variáveis e intensidade (agravantes) diferentes daquela aplicável a um cartel difuso. A possível sanção a ser imposta à conduta classificada como mera troca de informações concorrencialmente sensíveis não pode se equiparar àquela aplicável ao cartel clássico. Aliás, a legislação impõe obrigações específicas aos compromissários de TCCs envolvendo condutas exclusivamente de cartel (e.g., reconhecimento de participação na conduta ou confissão), merecendo, assim, uma definição clara dessa conduta a justificar o cumprimento dessas obrigações.

Com isso, alcançar-se-á uma análise mais sistematizada materialmente, uma jurisprudência mais ordenada, tornando as decisões mais claras, consistentes e justificadas, o que contribuirá, em última instância, para o formato da dosimetria da punição do cartel. Nessa linha, vale lembrar das conclusões da pesquisa de Tyler<sup>280</sup> sobre a legitimidade das autoridades, a qual pressupõe que a obediência à lei tem uma abordagem psicológica, relacionada à percepção do indivíduo de que a lei é justa (com base na sua moralidade pessoal), defendendo que a justiça procedimental é mais importante do que resultados justos isoladamente, pois os

---

<sup>279</sup> Recorrentemente o Conselheiros do CADE e a Superintendência-Geral vêm incluindo uma seção em seus votos e pareceres, respectivamente, sobre “aspectos gerais do combate a cartéis”, ocasião em que acabam tratando da definição dessa conduta. Entretanto, o que se nota é que, por se tratar de seção envolvendo “aspectos gerais”, as autoridades acabam reproduzindo um texto padrão, de forma repetida, sem dialogar com as especificidades do caso concreto no que se refere à tipicidade da conduta sob investigação.

<sup>280</sup> TYLER, T. R. Op. cit.



indivíduos precisam acreditar que suas visões e defesas estão sendo consideradas em uma decisão. Assim, as autoridades passariam a emitir decisões menos vulneráveis a contestações e revisões — judiciais, por exemplo —, tonando-se, no que for possível, autoridades menos frágeis (ou, nas palavras de Taleb, “antifrágeis”).

### 3. Interpretação do formato da norma atinente a cartéis: o dilema da regra per se

Buccirossi<sup>281</sup> entende que as políticas de aplicação das normas (ou seja, o *enforcement* das normas) dependem de um sistema complexo, que envolve muitos elementos, dentre eles: o nível de recursos gastos para detectar possíveis infrações; a combinação de atividades de monitoramento e investigação; o tipo e o nível de sanção para deter e condenar infratores, etc. De acordo com o autor, três tipos de falhas podem afetar um sistema composto por uma norma e seu *enforcement*: (i) excesso ou contenção de dissuasão (do inglês, *over-deterrence/under-deterrence*); (ii) erros tipo I e tipo II (ou falsos positivos e falsos negativos, respectivamente); e (iii) excesso ou contenção de inclusão (do inglês, *over-inclusion/under-inclusion*), a seguir esclarecidas.

A primeira falha se refere à força do *enforcement*, isto é: quando o *enforcement* é demasiadamente forte, desencoraja condutas que são socialmente eficientes (*over-deterrence*); ou, quando o *enforcement* é demasiadamente fraco, não previne condutas que são prejudiciais e socialmente ineficientes (*under-deterrence*).

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

A terceira falha se refere ao formato da norma, isto é: quando a norma proíbe uma conduta que em algumas circunstâncias é benéfica, isto é, que produz efeitos positivos (*over-inclusion*); ou quando a norma permite condutas alternativas que são prejudiciais (*under-inclusion*).

As falhas referentes à qualidade e ao formato da norma — falhas 2 e 3, respectivamente — podem ser analisadas como coincidentes. Whish e Bailey<sup>282</sup> analisaram o erro tipo I (ou falsos positivos), como sendo “*over-inclusive*” e o erro tipo II (ou falsos negativos) como sendo

---

<sup>281</sup> BUCCIROSSI, Paolo. The Enforcement of Imperfect Rules, 2010. Disponível em: <[http://www.learlab.com/pdf/lear\\_rp\\_1\\_10\\_1283338320.pdf](http://www.learlab.com/pdf/lear_rp_1_10_1283338320.pdf)>. Acesso em: 07 set. 2013, p. 5-15.

<sup>282</sup> WHISH, Richard; BAILEY, David. Op. cit., p. 193.

“*under-inclusive*”.

Decisões de natureza concorrencial, principalmente aquelas envolvendo operações de concentração em geral, estão naturalmente sujeitas a erros tipo I (os falsos positivos; do inglês, *false positives*) ou tipo II (os falsos negativos; do inglês, *false negatives*).<sup>283</sup> Para Carvalho, Martins e Fontana:

[...] quando se analisam condutas anticompetitivas, é possível que os efeitos da prática já tenham ocorrido no mercado, não sendo razoável supor que a análise prognóstica utilizada em atos de concentração seja a mais adequada. Tal questão é conhecida como falácia do celofane.<sup>284</sup>

Assim, considerando que tais decisões são tomadas sob condições de incerteza<sup>285</sup> (muitas vezes baseadas na potencialidade de eventos futuros, que são incertos e contingentes diante da pluralidade de escolhas possíveis para dada finalidade), a discricionariedade das autoridades concorrenciais se torna uma questão de grau, devendo ser ordenada e justificada por meio de regras que possam limitá-la, para que a decisão não seja baseada puramente na vontade do julgador. Daí a necessidade de que as autoridades concorrenciais disponham de regras claras e bem-definidas.

A Lei n. 12.529/2011, em seu artigo 36,<sup>286</sup> dispõe sobre a análise das infrações da ordem

---

<sup>283</sup> Whish e Bailey tratam dos erros tipo 1 e tipo 2 como sendo, respectivamente, os falsos positivos (do inglês: *false positives*) ou falsos negativos (do inglês: *false negatives*). “A false positive occurs where a competition authority incorrectly concludes that pro-competitive behavior is abusive: a harm to the firm(s) found guilty, and also to consumers, since the pro-competitive behavior will be prohibited. The problem here is that the law is over-inclusive. A false negative occurs where a competition authority incorrectly concludes that anticompetitive behavior is not illegal and therefore permits it: a harm to consumers. Here the law is under-inclusive.” Grifos do autor. Em tradução livre: “Um falso positivo ocorre quando uma autoridade de concorrência incorretamente conclui que comportamento pro-competitivo é abusivo: um dano para empresa(s) consideradas culpadas, e também para consumidores, uma vez que o comportamento pro-competitivo será proibido. O problema aqui é que a lei tem uma excessiva inclusão. Um falso negativo ocorre quando a autoridade de concorrência concluir erroneamente que o comportamento anticompetitivo não é ilícito e, conseqüentemente, o permite: um prejuízo aos consumidores. Aqui a lei tem uma sub inclusão.” (WHISH, Richard; BAILEY, David. Op. cit., p. 193).

<sup>284</sup> Esta falácia diz respeito à crítica a uma decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.* (CARVALHO, Vinícius Marques; MARTINS, Amanda A. L.; FONTANA, Bernardo B. Cartéis internacionais e defesa da concorrência no Brasil. Revista do IBRAC. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, n. 20, p.148-173, jul./dez. 2011, p. 159).

<sup>285</sup> Sobre a tomada de decisões sob condições de incerteza, cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Direito na sociedade complexa. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2011; CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; SCHUARTZ, Luis Fernando. Quando o bom é o melhor amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a política da concorrência. Revista de Direito Administrativo, v. 1, p. 96-127, 2007.

<sup>286</sup> “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante. § 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo. § 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral

econômica, entre elas o cartel. Ainda é controversa a interpretação, pelo CADE, do *caput* deste artigo (“Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”).

O Anexo I da Resolução CADE n. 20/1999<sup>287</sup> propõe, como critério de análise das práticas restritivas horizontais previstas no referido artigo 36, método semelhante à regra da razão do direito norte-americano (do inglês, *rule of reason*), recomendando aplicar o princípio da razoabilidade na análise das infrações concorrenciais; ou seja, é preciso ponderar as potenciais eficiências econômicas resultantes da conduta *vis-à-vis* os seus potenciais impactos anticompetitivos. Para tanto, uma investigação baseada na regra da razão sujeita as autoridades de defesa da concorrência a realizar análise convencional de mercado (i.e., definição de mercado relevante, cálculo das participações de mercado dos agentes envolvidos, análise das condições estruturais do mercado e identificação de possíveis ganhos de eficiência da conduta), a fim de ponderar os potenciais efeitos esperados de uma dada conduta, ao passo que às partes envolvidas na conduta investigada cabe provar eventuais eficiências e/ou apresentar justificativas capazes de provar que a conduta não é um ilícito concorrencial.

Por sua vez, independentemente dos conceitos do direito norte-americano traduzidos como “*rule of reason*” ou como “*per se rule*” (em português, regra *per se*), o ex-conselheiro Luis Fernando Schuartz<sup>288</sup> fez uma interpretação pertinente sobre a literalidade do *caput* do artigo 20 da Lei n. 8.884/1994 (o qual foi fielmente reproduzido pelo artigo 36 da lei atualmente em vigor), no sentido de que a interpretação deve ser feita de maneira dual, i.e., “a infração se caracteriza pela presença seja (i) do propósito ‘objetivamente visado’ de que se produza algum

---

ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.”

<sup>287</sup> O Anexo I da Resolução n. 20/99 do CADE dispõe: “As práticas restritivas horizontais consistem na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios. Em ambos os casos visa, de imediato ou no futuro, em conjunto ou individualmente, o aumento de poder de mercado ou a criação de condições necessárias para exercê-lo com maior facilidade. Em geral, tais práticas pressupõem a existência ou a busca de poder de mercado sobre o mercado relevante. Em diferentes graus, algumas podem também gerar benefícios em termos de bem-estar ao mercado (‘eficiências econômicas’), recomendando a aplicação do ‘princípio da razoabilidade’. Desse modo, é preciso ponderar tais efeitos *vis-à-vis* os potenciais impactos anticompetitivos da conduta. Portanto, uma prática restritiva somente poderá gerar eficiências líquidas caso as eficiências econômicas dela derivadas compensem seus efeitos anticompetitivos. As situações mais comuns, ainda que outras sejam possíveis, são: 1. Cartéis: acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio. [...]”

<sup>288</sup> Cf. votos do ex-conselheiro Luis Fernando Schuartz, no âmbito do Processo Administrativo n. 08012.007042/2001-33 e do Processo Administrativo n. 08012.002493/2005-16.

dos efeitos mencionados nos incisos; seja, ainda, (ii) da elevada probabilidade de que se produza algum desses efeitos”. De acordo com essa interpretação, no primeiro caso, predomina o caráter intencional dos agentes na busca de um efeito com dada conduta; no segundo, o risco associado à conduta de produção de dados efeitos. Em ambas as hipóteses, não é necessário provar os efeitos, mas sim a potencialidade dos efeitos.

Ainda que a conduta de cartel se enquadre na definição de infração da ordem econômica, prevista nos referidos artigos 20 e 36, o CADE vem se posicionando, predominantemente, no sentido de que a conduta de cartel clássico deve ser analisada, exclusivamente, como um ilícito *per se*,<sup>289</sup> isto é, para o CADE basta a prova do conluio para caracterização do ilícito, independentemente dos potenciais efeitos da conduta e da possibilidade de o agente infrator tentar provar eficiências dela decorrentes, contrapondo-se à análise baseada na regra da razão.

De modo semelhante, muitas jurisdições<sup>290</sup> entendem que o cartel clássico é um ilícito *per se*, sob a justificativa de que cartéis implicam em significativas perdas de bem-estar social. A OCDE considera os cartéis clássicos como a mais grave infração de leis de concorrência.

Portanto, o dilema que remanesce diz respeito à definição da desejável interpretação de regra *per se* a ser aplicada pelo CADE em casos de cartéis, visto que tal regra é emprestada do direito americano.

---

<sup>289</sup> A jurisprudência do CADE vem considerando cartéis clássicos como ilícitos *per se*: “[...] cartéis geram apenas os efeitos negativos do aumento de poder de mercado, sem qualquer efeito de aumento de eficiência. Portanto, os cartéis, particularmente, os cartéis clássicos são, sem qualquer ambiguidade, nocivos ao bem-estar dos consumidores, e são conseqüentemente um delito *per se*, sem possibilidade de qualquer mitigação, por argumentos da regra da razão.” (*ipsis litteris*) — Voto do Relator Luiz Carlos Delorme Prado no Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14, p. 9. Cf. também Processo Administrativo n. 08012.002299/2000-18, o CADE sustentou que o ato infrativo independe dos resultados; basta a potencialidade da infração, ou seja, uma vez provado o conluio entre os concorrentes, há infração. Vide também Processo Administrativo n. 08012.004039/2001-68.

<sup>290</sup> A jurisdição norte-americana é a que tem mais tradição na aplicação da ilicitude *per se* de cartéis, principalmente pelo fato de condenar cartéis na esfera criminal. “*Agreements of a type that always or almost always tends to raise price or to reduce output are per se illegal. The Agencies challenge such agreements, once identified, as per se illegal. Types of agreements that have been held per se illegal include agreements among competitors to fix prices or output, rig bids, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce. The courts conclusively presume such agreements, once identified, to be illegal, without inquiring into their claimed business purposes, anticompetitive harms, procompetitive benefits, or overall competitive effects. The Department of Justice prosecutes participants in hard-core cartel agreements criminally.*” (ESTADOS UNIDOS. Federal Trade Commission; Department of Justice. Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, abr. 2000. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2013). Em tradução livre: “Acordos do tipo que sempre ou quase sempre tende a aumentar preços ou reduzir a produção são ilícitos *per se*. As Agências desafiam tais acordos, uma vez identificados, como ilegais *per se*. Tipos de acordos que têm sido tratados como ilegais *per se* incluem acordos entre concorrentes para fixar preços ou produção, licitações fraudulentas ou dividir ou compartilhar mercados pela alocação de clientes e fornecedores, territórios ou linhas de comércio. Os tribunais presumem peremptoriamente que tais acordos, uma vez identificados, são ilegais, sem investigar seus alegados propósitos de negócios, prejuízos anticompetitivos, benefícios em prol da concorrência ou efeitos concorrenciais globais. O Departamento de Justiça processa criminalmente participantes em acordos de cartel clássico.” Além disso, no Canadá, cartel é um crime tratado como ilícito *per se*. Cf. CONNOR, John M. Global Antitrust Prosecutions... Op. cit.

O ex-conselheiro Luis Fernando Schuartz, interpretando a aplicabilidade de regra *per se* do direito norte-americano,<sup>291</sup> entendeu que esta regra “não significa condenação independentemente dos efeitos da prática para a concorrência, mas sim condenação independentemente da prova desses efeitos”.<sup>292</sup> Esse entendimento se alinha à primeira hipótese sugerida pelo autor e anteriormente mencionada (i.e., “(i) do propósito ‘objetivamente visado’ de que se produza algum dos efeitos mencionados nos incisos”). Nota-se que o autor era defensor da presunção de ilicitude *per se* dos cartéis clássicos;<sup>293</sup> segundo ele, a configuração do ilícito com base na aplicação da regra *per se* se resume em: “provada a existência da colaboração e, *prima facie*, o poder de mercado conjunto dos agentes nela envolvidos, está configurado o ilícito”.<sup>294</sup>

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

Porém, seguindo essa interpretação, o CADE poderá condenar casos irrelevantes, que não tenham potencial de resultar em prejuízos ao bem-estar social. Para tanto, vale visitar o julgamento da Suprema Corte norte-americana, em 1990, do caso *FTC v. Superior Court Trial Lawyer Assn.*, em que se comparou a regra *per se* do direito antitruste às regras de limites de

---

<sup>291</sup> Interessante debate sobre a definição de regra *per se* e de regra da razão no direito norte-americano foi realizado pela Suprema Corte dos Estados Unidos no âmbito do caso *Leegin*, em que o DOJ atuou como *amicus curiae*. A conduta analisada foi a “fixação de preço de revenda”. Cf. REINO UNIDO. Federal Trade Commission. FTC and Department of Justice Amicus Curiae Brief in *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc. Concerning Vertical Minimum Resale Price Maintenance Agreements*. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/2007/01/070122Leegin06-480amicusPDC.pdf>>. Acesso em 20 dez. 2013.

<sup>292</sup> DUTRA, Pedro. *Conversando com o CADE*. São Paulo: Singular, 2009, p. 271.

<sup>293</sup> “[...] cartéis *hard-core* são os vilões por excelência do direito da concorrência. Eles são considerados não apenas por toda parte como ilícitos antitruste, mas em vários ordenamentos, também como criminosos. Cartéis *hard-core* são normalmente tratados como ilícitos *per se*, isto é, a prova do fato do cartel é, em regra, suficiente para autorizar a conclusão de que se trata de conduta cujo efeito líquido esperado sobre o bem-estar social é negativo. Mesmo o mais fanático defensor do dogma da inadmissibilidade da regra *per se* no direito antitruste brasileiro deveria, se minimamente informado, sentir um certo embaraço ao invocar supostos ‘ganhos de eficiência’ na defesa de um acordo explícito de fixação de preços. [...] a premissa metodológica de acordo com o qual os agentes econômicos são racionais (i.e., aproveitam oportunidades de maximização dos lucros) e a premissa teórico-econômica de acordo com a qual a lucratividade do acordo de preços está condicionada à detenção conjunta, pelos partícipes, de poder de mercado para o aumento dos preços e a redução das quantidades ofertadas, segue-se necessariamente que a prova do fato do acordo é suficiente para a conclusão no sentido da produção da perda de bem-estar.” SCHUARTZ, Luis Fernando. *Op. cit.*, p. 119-121.

<sup>294</sup> Voto-vista no âmbito do Processo Administrativo n. 08012.007042/2001-33.

velocidade em estradas, em que o custo de se avaliar as peculiaridades de cada caso concreto envolvendo velocidade nas estradas não compensaria os fins da punição, sendo justificável a aplicação da regra *per se* nesse caso específico, ainda que casos irrelevantes pudessem estar sujeitos à condenação.<sup>295</sup>

A Comissão Europeia, por sua vez, classifica as condutas anticompetitivas, previstas nos artigos 101 e 102 do Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), a partir do critério de que determinada conduta tem por “objeto” ou por “efeito” o impedimento, restrição ou distorção da concorrência. Os cartéis são analisados pela Comissão Europeia como condutas anticompetitivas pelo objeto. A classificação das condutas como “infração por objeto” ou “infração pelos efeitos” é análoga à classificação adotada nos Estados Unidos, que, como visto, caracteriza determinados acordos como infração *per se* e outros como sujeitos à análise da denominada “*rule of reason*”. Para Whish e Bailey,<sup>296</sup> a principal diferença entre a “infração por objeto” e a “infração *per se*” se refere ao fato de que a primeira não caracteriza como ilícitos certos acordos que possam demonstrar condições satisfatórias deles provenientes — i.e., seria a regra da razão com a inversão do ônus da prova —, enquanto que, na segunda, basta a comprovação da existência do acordo para que este não seja permitido.

Martinez<sup>297</sup> parece alinhar-se à classificação adotada pela Comissão Europeia, ou seja, de que cartéis devem ser analisados como uma infração por objeto — ou melhor, pela regra da razão com a inversão do ônus da prova, regra intermediária entre a regra *per se* e a regra da razão —, sugerindo que o critério *per se*, hoje predominante no CADE, não seria a regra adequada para o Brasil. Isto porque a adoção dessa regra, segundo a autora, resolve a contento o desafio de assumir a existência de efeitos anticompetitivos sempre que houver conduta colusiva e, por conseguinte, a eventual condenação de casos irrelevantes (para explicar esse desafio, a autora criou um exemplo ilustrativo, denominado por ela como “dilema dos padeiros”<sup>298</sup>). Concluiu a autora que essa solução seria a mais eficiente, maximizando o bem-

---

<sup>295</sup> Cf. também discussão interessante sobre este caso, no âmbito do voto-vista do ex-conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no Processo Administrativo n. 08012.001271/2001-44.

<sup>296</sup> WHISH, Richard; BAILEY, David. Op. cit., p. 115-139.

<sup>297</sup> MARTINEZ, Ana Paula. Repressão a cartéis. Op. cit., p. 28-31.

<sup>298</sup> Resumidamente, o dilema dos padeiros consiste num acordo entre dois padeiros para fixar o preço do pãozinho. De acordo com Martinez, em uma jurisdição que adote a regra *per se*, o acordo será punido, ainda que reste clara a incapacidade de ele gerar, mesmo que potencialmente, efeitos anticompetitivos no mercado, uma vez que o único efeito esperado desse acordo seria a insignificante perda de clientela por apenas dois dos padeiros. Diante do citado dilema dos padeiros, sugere-se mencionar — ainda que não haja intenção de ser feito qualquer juízo de valor quanto ao mérito da condenação — que o CADE condenou algumas panificadoras de Sobradinho/DF, no âmbito do Processo Administrativo n. 08012.004039/2001-68 (22ª Sessão Ordinária de Julgamento do CADE, realizada em 22 de maio de 2013).

estar social sem, com isso, vincular a atividade sancionatória estatal a persecuções custosas e ineficientes.

Em casos recentes julgados pelo CADE, surgiram discussões sobre a classificação de condutas anticompetitivas como infração por objeto ou pelos efeitos<sup>299</sup> em processos em que se investigaram condutas de cartel.<sup>300</sup> Há, ainda, interpretações do CADE de que o cartel é uma infração, ao mesmo tempo, por objeto e *per se*.<sup>301</sup>

Além disso, há autores — por exemplo, Buccirosi<sup>302</sup> — que entendem que, em certas circunstâncias, caracterizar o cartel clássico como infração *per se* pode não ser uma regra apropriada, ou melhor, pode ser uma regra imperfeita, já que é muito genérica (do inglês, “*overinclusive*”). Isto porque o acordo de fixação de preços, em algumas hipóteses, pode trazer efeitos externos positivos, fazendo com que empresas e consumidores sejam beneficiados.

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

Apesar dessas dificuldades, é preciso fazer uma escolha racional sobre a interpretação da norma atinente às condutas de cartel em termos de efetividade da política de repressão a

---

<sup>299</sup> A discussão sobre a definição dos *standards* de ilicitude e do regime de distribuição do ônus probatório que devem circunscrever a incidência da regra da razão surgiu no CADE, no julgamento do Processo Administrativo n. 08012.001271/2001-44, no âmbito específico da conduta de imposição de preços mínimos de revenda, cuja Representada era a empresa SKF do Brasil Ltda.

<sup>300</sup> Processo Administrativo n. 08012.010215/2007-96; Processo Administrativo n. 08012.004472/2000-12; Processo Administrativo n. 08012.001003/2000-41; Processo Administrativo n. 08012.011027/2006-02; e Processo Administrativo n. 08012.011668/2007-30.

<sup>301</sup> Processo Administrativo n. 08012.011142/2006-79, Processo Administrativo n. 08012.006199/2009-07, Processo Administrativo n. 08012.010932/2007-18, Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51, Processo Administrativo nº 08012.005930/2009-79, Nota Técnica 52/2016 proferida pela Superintendência-Geral do CADE no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.002821/2014-09.

<sup>302</sup> BUCCIROSSI, Paolo. The Enforcement... Op. cit. Referido autor cita, neste artigo, alguns autores com entendimentos similares ao dele.

cartéis, ainda que tal escolha implique algumas perdas. A essa altura, diante dos avanços notórios dos recursos de combate a cartéis pelo CADE, não deve haver desordem na interpretação da norma sobre essa conduta; discussões dessa natureza deveriam estar ultrapassadas, as autoridades têm de empreender seus esforços na análise do caso concreto e na precisão do conjunto probatório, pois, para fins de condenação, não devem pairar dúvidas sobre o enquadramento das provas a uma conduta de cartel.

Outro fator a ser considerado é que o CADE e o Ministério Público vêm discutindo ações estruturantes para a efetividade de ações de indenização por danos ocasionados pela prática de cartel, como meio dissuasório de desenvolvimento da política de combate a cartéis. Levando em conta que tais ações impõem, como condição necessária, a prova dos efeitos do cartel, é imprescindível que o CADE, o qual geralmente analisa a conduta previamente à propositura de ações de indenização, deixe expresso e justificado em sua decisão os critérios de análise e o enquadramento do cartel, a fim de nortear as autoridades judiciais sobre a decisão de ingressar ou não com a ação para ressarcimento de danos pela atividade do cartel. Pois, em muitos casos, há apenas a tentativa da conduta, sem produção de efeitos no mercado, isso não impede a caracterização da conduta, no âmbito administrativo, pela aplicação da regra *per se*. Por outro lado, a inexistência de efeitos impossibilita a quantificação do dano requerido em ações de reparação civil.

Conforme já mencionado, em pesquisa que investigou condutas de cartel<sup>303</sup>, identificou-se a ausência de norteamto das decisões do CADE acerca da interpretação do formato da norma envolvendo condutas de cartel (i.e., se o cartel deve ser analisado sob a regra *per se*, sob a regra da razão ou como uma infração pelo objeto). Os resultados desta pesquisa apontaram que em apenas 4 decisões das 39 analisadas (i.e., cerca de 10%) o CADE mencionou expressamente a aplicação da regra *per se*, sendo que somente uma decisão adotou a regra da razão. Verificou-se, também, uma tendência nas decisões recentes do CADE sugerindo a caracterização de cartel como infração pelo objeto, i.e. das 39 decisões, 5 classificaram o cartel como ilícito por objeto (12% das decisões).

Há uma desordem nas decisões do CADE sobre a interpretação da regra *per se* em casos de cartel - regra que vem sendo aplicada predominantemente -, à medida que alguns casos consideram a regra *per se* de análise como se fosse idêntica à análise da infração por objeto. A título ilustrativo, cabe mencionar alguns trechos de votos proferidos nesse sentido:

---

<sup>303</sup> SANTOS, Flávia Chiquito dos. Op. cit.



Se, no entanto, a lei (da concorrência) for sobreposta no âmbito do “*law and economics*”, no ambiente “antitruste”, como diante da teoria econômica, a única conduta que pode ser identificada como “*por objeto*” (ou *per se*) é o cartel hardcore, então, quando se lê a lei antitruste há que se considerar o que a teoria econômica nos ensina.<sup>304</sup> [Destacou-se].

Em outras palavras, a análise da conduta deve ser feita *por objeto, per se*.<sup>305</sup> [Destacou-se].

Assim, existem condutas que, quando ocorrerem sob determinada forma, serão sempre definidas *por objeto, ou seja, serão ilícitos por sua mera existência e, portanto, devem ser analisadas segundo a regra per se*.<sup>306</sup> [Destacou-se].

Como visto, a infração *per se* e a infração pelo objeto não são regras de análise idênticas, além de serem originárias de sistemas jurisdicionais distintos. O empréstimo de regras de análise de jurisdições desenvolvidas como estas é legítimo e deve servir de incentivo às melhores práticas de outras jurisdições, desde que seus conceitos não sejam desvirtuados.

O CADE não está obrigado a aplicar a regra *per se* sem exceções, pois esta regra não está prevista expressamente na legislação brasileira vigente, apenas foi emprestada do direito norte-americano. Assim, o CADE tem espaço para fazer outras interpretações da prática de cartel, de forma diferente dos termos da regra *per se* já empregada por este órgão, notadamente visando a evitar a denominada *over-inclusion* ou o cometimento do erro tipo I, ou seja, a condenação de casos irrelevantes.

Isso não significa que regras claras, sistemáticas e bem-definidas não sejam relevantes para a eficiência da análise dos processos e, notadamente, para o desenvolvimento institucional de uma autoridade judicante, sob uma perspectiva *ex ante*. Assim, o CADE precisa adotar uma regra como parâmetro e esta deve levar em conta o adequado conceito que a originou.

O estabelecimento de regras capazes de atingir os fins dissuasórios da política de repressão a cartéis não é uma tarefa trivial — notadamente considerando que jurisdições maduras, como a norte-americana e a europeia, não estão alinhadas nesse assunto, possuindo regras distintas para tanto. Considerando-se que os conceitos “*per se*”, “regra da razão”, “infração pelo objeto”, “infração pelos efeitos” são denominações de análises emprestadas de outras jurisdições, não estando previstas expressamente no texto da lei, tratando-se de

---

<sup>304</sup> Voto proferido pela Conselheira Cristiane Alkmin no âmbito do Processo Administrativo n. 08012.002568/2005-51

<sup>305</sup> Voto-vogal proferido pelo conselheiro Márcio de Oliveira Júnior no âmbito do Processo Administrativo n. 08012.005930/2009-79

<sup>306</sup> Nota Técnica 52/2016 proferida pela Superintendência-Geral do CADE no âmbito do Processo Administrativo n. 08700.002821/2014-09

interpretação da jurisprudência do CADE, não há imposição ao CADE para aplicar tais regras de análise em suas decisões, bastando, simplesmente, valer-se da interpretação de próprio texto da lei de defesa da concorrência atualmente vigente (art. 36, da Lei n. 12.529/2011).

#### **4. Considerações finais**

O desenvolvimento de instituições concorrenciais mais transparentes, responsáveis e, no que for cabível, alinhadas às melhores práticas internacionais é relevante tanto para a harmonização internacional do combate a cartéis quanto para a preservação do devido processo e dos direitos fundamentais dos jurisdicionados. A sistematização da jurisprudência do CADE quanto à definição, critérios de classificação e interpretação da norma sobre cartéis tem relevância — sobretudo em razão de o CADE ser um órgão colegiado, cujos conselheiros de seu Tribunal Administrativo dispõem de mandatos limitados temporalmente, o que pode fragilizar sua jurisprudência a cada alteração no quadro de conselheiros, caso não se instituem regras mais determinantes e uniformes sobre esse tema, que sejam antifrágéis diante das aleatoriedades interpretativas a que o CADE está sujeito e exposto.

Aperfeiçoar a tipificação, critérios de classificação e interpretação do formato da norma atinente à conduta de cartel é importante para que sua jurisprudência seja robustecida como um *corpus* interpretativo orgânico. A suposição é a de que, com isso, a eficácia e a efetividade de suas decisões aumentará, inclusive, perante o Judiciário, resultando em maior legitimidade para o CADE perante a sociedade.

Schauer<sup>307</sup> ressaltou que as normas são inerentemente imperfeitas, uma vez que é impossível prever todas as consequências imagináveis de uma conduta em todas as possíveis condições do mundo real, algumas das quais são necessariamente imprevisíveis quando a norma é escrita. Portanto, considerando que o legislador ou os tribunais não podem fazer normas perfeitas, sua aplicação deve levar em conta que elas são imperfeitas.

Ressalva-se, contudo, a discricionariedade que cabe ao CADE quanto à interpretação da norma, pois certo grau de liberdade ou manobras do aplicador do direito da concorrência é essencial para se buscar a melhor decisão para um caso concreto, principalmente em vista de circunstâncias particulares que a realidade impõe. Ainda que esta discricionariedade abra margens para liberdade interpretativa, não se deve confundir discricionariedade com o desrespeito ao direito positivo, aos princípios jurídicos preexistentes, desvirtuamento de regras

---

<sup>307</sup> SCHAUER, Frederic. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-based Decision Making in Law and Life*. Oxford, UK: Oxford University Press, 1991.

emprestadas de outras jurisdições e desordem na construção da jurisprudência.

## 5. Referências

BRASIL. Ministério Público Federal. Caso Lava Jato. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

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

BUCCIROSSI, Paolo. The Enforcement of Imperfect Rules, 2010. Disponível em: <[http://www.learlab.com/pdf/lear\\_rp\\_1\\_10\\_1283338320.pdf](http://www.learlab.com/pdf/lear_rp_1_10_1283338320.pdf)>. Acesso em: 07 set. 2013.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Direito na sociedade complexa. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Vinícius Marques; MARTINS, Amanda A. L.; FONTANA, Bernardo B. Cartéis internacionais e defesa da concorrência no Brasil. Revista do IBRAC. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, n. 20, p.148-173, jul./dez. 2011.

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.

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

DUTRA, Pedro. Conversando com o CADE. São Paulo: Singular, 2009.

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

ESTADOS UNIDOS. Federal Trade Commission; Department of Justice. Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, abr. 2000. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

GOLDBERG, Daniel Krepel. Poder de compra e política antitruste. São Paulo: Singular, 2006.

HARRINGTON JUNIOR, Joseph E. Behavioral Screening and the Detection of Cartels. European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels, Oxford, UK: Hart, 2007. Disponível em: <<http://www.econ2.jhu.edu/People/Harrington/Florence.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2013.

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

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Defining Hard Core Cartel Conduct: Effective Institutions: Effective Penalties. In: ICN WORKING GROUP ON CARTELS. ICN 4th Annual Conference. Bonn, Germany, jun. 2005.

LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. The Changing International Status of Export Cartels Exemption. American University International Law Review, v. 20, n. 3; Ross School of Business Paper, n. 897, 2004. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=618201](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=618201)>. Acesso em 10 dez. 2013.

MARTINEZ, Ana Paula. Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Criminal. Tese (Doutorado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

MILLER, Nathan H. Strategic Leniency and Cartel Enforcement. American Economic Association Review, v. 99, n. 3, p. 750-768, 2009.

MIURA, Maira Yuriko Rocha. Os cartéis de exportação na ordem jurídica brasileira: uma visão de Direito Comercial. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, São Paulo, 2010.

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

REINO UNIDO. Federal Trade Commission. FTC and Department of Justice Amicus Curiae Brief in *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc. Concerning Vertical Minimum Resale Price Maintenance Agreements*. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/2007/01/070122Leegin06-480amicusPDC.pdf>>. Acesso em 20 dez. 2013.

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

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

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

SCHUARTZ, Luis Fernando. Quando o bom é o melhor amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a política da concorrência. *Revista de Direito Administrativo*, v. 1, p. 96-127, 2007.

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

TALEB, Nassim Nicholas. *Antifrágil: coisas que se beneficiam com o caos*. Tradução Eduardo Rieche. 4ª edição, Rio de Janeiro: Best Business, 2016.

TYLER, T. R. *Why People Obey the Law*. New Jersey, USA: Princeton University Press, 2006.

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